

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ**  
**LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI**

**AMERİKAN HUKUKU IŞIĞINDA İŞADAMI KARARI İLKESİ**

**Esin ÖNAL**  
**114812001**

**Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON**

**İSTANBUL**  
**2022**

Amerikan Hukuku Işığında İşadamı Kararı İlkesi  
The Business Judgment Rule in the Light of American Law

Esin ÖNAL  
114812001

**Tez Danışmanı :** **Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON** (İmza).....  
İstanbul Bilgi Üniversitesi

**Jüri Üyeleri :** **Prof. Dr. Veliye YANLI** (İmza).....  
İstanbul Bilgi Üniversitesi

**Prof. Dr. Burak ÖZEN** (İmza).....  
Marmara Üniversitesi

**Dr. Öğr. Üyesi Evrim ERİŞİR** (İmza).....  
İstanbul Bilgi Üniversitesi

**Dr. Öğr. Üyesi Esra HAMAMCIOĞLU** (İmza).....  
Kadir Has Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 27 Temmuz 2022

Toplam Sayfa Sayısı : 222

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) İşadamı kararı ilkesi
- 2) İşadamı kararı
- 3) Yönetim kurulu
- 4) Özen yükümlülüğü
- 5) Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Business judgment rule
- 2) Business decision
- 3) Board of directors
- 4) Duty of care
- 5) Corporate directors' liability

## ÖNSÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesinde, yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin açıklamalar bağlamında “işadamı kararı” ilkesine (*business judgment rule*) yer verilmiştir. İşadamı kararı ilkesinin uygulanması, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün kapsamını somutlaştırmak, dolayısıyla sorumluluk sınırlarını tayin etmekte büyük önemi haizdir. İlke, Amerikan hukukunda mahkeme kararları ile doğmuş ve iki yüz yıla yakın bir süredir uygulanagelmektedir. Çalışmada, kaynak ülke konumundaki Amerikan hukukunda konu detaylı olarak ele alınmış, bu perspektiften Türk hukuku açısından değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Çeşitli aşamalardan geçen ve aslında uzun bir yol alınmasını gerektiren bu çalışmanın, başlangıcından tamamlanmasına kadar her aşamasında yönlendirmeleri ve geri bildirimleri ile destek veren, çalışmada duyduğum heyecana ortak olan tez danışmanım değerli Hocam Gül Okutan Nilsson’a teşekkür ve şükranlarımı sunmaktan mutluluk ve onur duyarım. Tez izleme komitemde yer alan ve doktora derslerinde de öğrencisi olmaktan ötürü kendimi şanslı hissettiğim değerli Hocam Prof. Dr. Veliye Yanlı’ya ve tez izleme sürecinde görüş ve önerileriyle perspektif kazanmamı sağlayan değerli Hocam Prof. Dr. Burak Özen’e teşekkürlerimi sunarım. Tez savunmamda yer alan değerli Hocalarım, Dr. Esra Hamamcıoğlu ve Dr. Evrim Erişir’e değerli görüşleri ve eleştirileri için teşekkür ederim.

Amerikan hukuku çerçevesinde yapılan bu çalışmanın bir bölümü 2019 yılı Güz döneminde Harvard Hukuk Fakültesi Kütüphanesi’nde yapılan araştırmalara dayanmaktadır. Araştırma için bulunduğum süre içinde, Harvard Hukuk Fakültesi’nde verdiği şirketler hukuku derslerine katılma olanağı sunan, zaman ayırıp sorularımı dinleyen ve içtenlikle görüşlerini paylaşan Harvard Hukuk Fakültesi öğretim üyesi, Ezra Ripley Thayer Prof. Dr. Reinier Kraakman’a teşekkür etmekten onur duyarım. Araştırma konumun esaslı noktalarını çok kısa sürede

keşfetmeme yaptığı katkı, kaynak seçimindeki yönlendirmeleri ve sorularımı dinlemek ve yanıtlamak için ayırdığı zaman benim için paha biçilmez değerdedir.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında en büyük katkı şüphesiz sevgili eşim Prof. Dr. Bülent Önal ve çalışma süresince UIUC, Bioengineering bölümündeki eğitimini “*Highest Honors*” derecesi ile tamamlayan ve bize bu gururu yaşatan sevgili oğlum Ege Güngör Önal’a aittir. Çalışma süresince bana verdikleri destek, gösterdikleri anlayış ve sevgi benim için en büyük motivasyon kaynağıdır. Herşey için ve hayatımdaki varlıkları için teşekkürlerimi sunabilmek benim için mutluluk ve sevinç kaynağıdır. Bu çalışma, onlara ithaf edilmiştir.

Bu çalışma sırasında ve hayatımın her aşamasında gösterdikleri sevgi, maddi ve manevi her türlü destek için sevgili annem Fatma Güngör ve sevgili babam Noter Ömer Güngör’e, teşekkürlerimi ve minnettarlığımı sunmaktan mutluluk duyarım.

## İÇİNDEKİLER

|  |     |
|--|-----|
| ÖNSÖZ.....                                   | iii |
| İÇİNDEKİLER.....                             | v   |
| KISALTMALAR.....                             | ix  |
| ÖZET.....                                    | xi  |
| ABSTRACT.....                                | xii |
| <br>   |     |
| GİRİŞ.....                                   | 1   |
| I. KONUNUN TAKDİMİ.....                      | 1   |
| II. YÖNTEM VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI..... | 5   |
| III. TERMİNOLOJİ.....                        | 7   |

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AMERİKAN HUKUKU ÇERÇEVESİNDE İŞADAMI KARARI İLKESİ

|  |    |
|--|----|
| I. GENEL DEĞERLENDİRME.....  | 13 |
| A. Hukuki Çerçeve.....   | 13 |
| B. İlkenin Gelişimi.....   | 15 |
| II. ÖZEN ve SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAĞLAMINDA İŞ ADAMI<br>KARARI İLKESİNİN ANLAMI, İŞLEVİ ve UYGULANMA<br>GEREKÇELERİ.....          | 16 |
| A. Özen ve Sadakat Yükümlülüğünün Genel Çerçevesi.....   | 17 |
| B. İşadamı Kararı İlkesinin Anlamı.....  | 21 |
| C. İlkenin İşlevi.....   | 24 |
| D. İlkenin Uygulanma Gerekçeleri.....  | 28 |
| 1. Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yöneticilerin Risk Alma Konusunda<br>İstekli Olmalarını Sağlamaya Uygun Bir Yapı Oluşturmak..... | 29 |

|   |    |
|---|----|
| a. Yöneticilerin Kendi Kişisel İtibarları .....   | 32 |
| b. Amerika Birleşik Devletlerinde Bu Tür Uyuşmazlıkların Yargıya Taşınma Olasılığının Yüksek Oluşu ve Mahkeme Kararlarındaki Yaptırımların Ağırlığı ..... | 34 |
| 2. Kararların Ex-post/Hindsight Bias Bakış Açısı (Geriye Dönük Bakış Açısı) İle Değerlendirilmesi .....   | 37 |
| 3. Kuralın, Anonim Şirketlerde “Menfaatler Sorunu” Perspektifinden Riskle İlişkili Menfaat Çatışmasına Çözüm Getirmek İşlevi.....                         | 42 |
| a. Menfaat Çatışması Açısından Hukukun Ekonomik Analizi Yaklaşımı ve Asil-Vekil Problemi.....   | 43 |
| b. Amerikan Şirketler Hukukunda, Şirketin Temel Amacının Pay Sahiplerinin Kâr Maksimizasyonunun Sağlanması Olduğu Esası (“Shareholder Primacy”).....      | 46 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### ABD HUKUKUNDA İLKENİN UYGULAMASI

|  |    |
|--|----|
| I. İŞADAMI KARARI İLKESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI .....  | 57 |
| A. Bir İşadami Kararının Varlığı.....  | 57 |
| B. Kararın Çıkar Sağlamaksızın ve Bir Etki Altında Kalınmadan Alınmış Olması .....                                       | 61 |
| C. Kararın Şirketin Menfaatine Olduğu Yönünde Dürüst Bir Kanaatle Alınmış Olması (Good Faith/ Bona Fides/ İyiniyet)..... | 66 |
| 1. Good Faith / Bona Fides Kavramı .....   | 66 |
| 2. İyiniyetin Yargı Kararlarında Nasıl Ele Alındığı.....   | 70 |
| D. Yönetim Kurulu Üyelerinin Gerekli Bilgileri Edinmiş Olarak Karar Vermesi/ Özen Yükümü.....                            | 74 |
| 1. Bilgilenmiş Olmak .....   | 74 |
| 2. Smith v. Gorkom Kararı ve Sonuçları.....  | 77 |

|  |    |
|--|----|
| II. İŞADAMI KARARI İLKESİNİN SAĞLADIĞI KARİNENİN UYGULANMAYACAĞI HALLER ve MAHKEMELER TARAFINDAN KULLANILAN İNCELEME YÖNTEMLERİ..... | 80 |
| A. İşadamı Kararı İlkesinin Sağladığı Karinenin Uygulanmayacağı Haller.  | 80 |
| 1. Sadakat Yükümlülüğünün İhlali .....   | 81 |
| 2. Gözetim Yükümünün İhlali .....  | 82 |
| 3. Kanuna Aykırılık (illegality) ve Kanunun Haksız Fii/ Suç Saydığı Haller (fraud).....  | 88 |
| B. Mahkemeler Tarafından Kullanılan Yargısal İnceleme Yöntemleri.....  | 89 |
| 1. İşadamı Kararı Yargısal İncelemesi - Standart İnceleme Yöntemi (Business Judgment Review).....                                    | 94 |
| 2. Tam Uygunluk İncelemesi (Entire Fairness).....  | 95 |
| a. Özen Yükümlülüğünün İhlalinde .....   | 95 |
| b. Sadakat Yükümlülüğünün İhlalinde.....   | 96 |
| 3. Sıkılaştırılmış Yargısal İnceleme (Enhanced Scrutiny) .....   | 97 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TÜRK HUKUKUNDA İŞADAMI KARARI İLKESİ

|   |     |
|---|-----|
| I. TÜRK HUKUKUNDA İLKENİN KABULÜ .....  | 98  |
| A. Genel Olarak.....  | 98  |
| B. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi Işığında İşadamı Kararı İlkesi.....                          | 99  |
| 1. Madde 369 Hükmünün Tasarıdaki Metnin Değerlendirilmesi.....  | 101 |
| 2. Türk Ticaret Kanunu Yürürlükteki Madde 369 Hükmü ve Madde Gerekçesinin Birlikte Değerlendirilmesi..... | 102 |
| II. TÜRK HUKUKUNDA İŞADAMI KARARI İLKESİNİN ROLÜ ve UYGULAMA ŞARTLARI.....                                | 109 |
| A. Genel Olarak.....  | 109 |

|   |     |
|---|-----|
| B. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Genel Çerçevesi ve Özen ve Sadakat Yükümlülüğü .....                       | 114 |
| 1. Özen Yükümlülüğü .....   | 117 |
| a. Eski TTK'nın Sistemi .....   | 122 |
| b. Yeni TTK'nın Sistemi: "Tedbirli Bir Yönetici" Ölçüsü .....   | 126 |
| c. Tedbirli Yönetici ve Basiretli İşadamı Kavramlarının Birlikte Değerlendirilmesi .....                                  | 132 |
| 2. Sadakat Yükümlülüğü .....  | 135 |
| a. Şirket Menfaati .....  | 136 |
| b. Dürüstlük Kuralının Yeri .....   | 143 |
| C. İlkenin Türk Hukukunda Uygulanma Şartları .....  | 145 |
| 1. İşadamı Kararının Varlığı, Takdir Yetkisinin Kullanılması ve Karar Alma Sürecinin Uygunluğunun Değerlendirilmesi ..... | 146 |
| 2. İspat Yükü .....   | 151 |
| III. İŞADAMI KARARI İLKESİNİN TÜRK HUKUKUNA DAHİL EDİLMESİNİN OLASI ETKİLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....            | 159 |
| A. İşlevselliğini Azaltabilecek Nedenler .....  | 159 |
| B. Olası Katkıları .....  | 164 |
| SONUÇ .....   | 168 |
| KAYNAKÇA .....  | 178 |

## KISALTMALAR

|          |                                   |
|----------|-----------------------------------|
| AB       | : Avrupa Birliği                  |
| ABD      | : Amerika Birleşik Devletleri     |
| ALI      | : American Law Institute          |
| Bkz.     | : bakınız                         |
| Del. Ch. | : Delaware Court of Chancery      |
| dn.      | : Dipnot                          |
| E.       | : Esas                            |
| EBK      | : 818 sayılı Borçlar Kanunu       |
| Ed.      | : Edition (Bası/Basım)            |
| ETTK     | : 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu |
| HD       | : Hukuk Dairesi                   |
| HGK      | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu     |
| HMK      | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu       |
| K.       | : Karar                           |
| m.       | : Madde                           |

|      |                                   |
|------|-----------------------------------|
| MBCA | : Model Business Corporation Act  |
| No.  | : numara                          |
| pp.  | : pages                           |
| S.   | : Sayı                            |
| s.   | : sayfa                           |
| TBK  | : Türk Borçlar Kanunu             |
| TTK  | : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu |
| USD  | : Amerikan Doları                 |
| v.   | : versus (karşı)                  |
| vd.  | : ve devamı                       |
| Vol. | : volume (cilt)                   |

## ÖZET

Bu çalışmada işadamı kararı ilkesinin anlamı, işlevi, uygulama esasları ve kaynak ülke konumundaki ABD'de (özellikle Delaware'de) varlık nedenleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu konuda yapılacak detaylı incelemenin, işadamı kararı ilkesinin Türk hukukunda uygulanabilirliğinin değerlendirilmesinde esas alınabilecek bir çerçeve oluşturması hedeflenmiştir.

Bu amaçla, çalışmanın ilk bölümünde kaynak ülke hukuk sisteminde işadamı kararı ilkesinin yasal çerçevesi, anlamı, gelişimi, işlevi ve gerekçeleri ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde; Amerika Birleşik Devletleri'nde işadamı kararı ilkesinin kapsamını belirleyen unsurlar ve uygulama sınırları ile mahkemelerin yöneticilerin hukuki sorumluluğunun değerlendirilmesinde kullandığı yargısal inceleme yöntemleri incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde konu Türk hukuku açısından ele alınmış ve işadamı kararı ilkesinin uygulanabilirliği irdelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İşadamı Kararı İlkesi, İşadamı Kararı, Yönetim Kurulu, Özen Yükümlülüğü, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu

## **ABSTRACT**

This study provides an in-depth analysis of the business judgment rule's meaning, function, and application principles and the underlying reasons for its origin and existence in the US (particularly in Delaware). It is aimed that the detailed examination to be made on this subject will form a framework that can be taken as a basis for evaluating the applicability of the business judgment rule in Turkish law.

For this purpose, the first part of the study analyzes the legal framework, meaning, development, function, and justifications behind the business judgment rule in the United States legal system.

The second part of the study analyzes factors that determine the scope of business judgment rule and its application limits, along with an analysis of judicial review methods used by courts in the United States to evaluate the legal liability of the directors.

The third section of the study evaluates the business judgment rule in the context of Turkish law and discusses its applicability.

**Keywords:** Business Judgment Rule, Business Decision, Board of Directors, Duty of Care, Corporate Directors' Liability

## GİRİŞ

### I. KONUNUN TAKDİMİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesinde (m. 369 f. 1), yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin açıklamalar bağlamında “işadamı kararı” ilkesine (*business judgment rule*) yer verilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun Genel Gerekçesinde: “*Türkiye bir taraftan AB üyeliğine hazırlanırken, bir taraftan da uluslararası ticaret, endüstri, hizmet, finans ve sermaye piyasalarının bir parçası olmak zorundadır. Bunun için uluslararası piyasaların kurumlarına, kurullarına, ve kurallarına yer veren bir ticaret kanununa sahip olmalıdır....*” ifadeleri yer almaktadır. Kanunkoyucunun, şirketler hukuku açısından ele alındığında; günümüz ekonomisinin gerektirdiği kavram ve kurumları şirket yapılandırmaları ve işleyişine kazandırmayı hedefleyen bir kanun yaratma amacı taşıdığı söylenebilir.

İşadamı kararı ilkesinin uygulanması, anonim şirketlerin yönetimi ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının değerlendirilmesi açısından önemlidir. İlke, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün kapsamını somutlaştırmak, dolayısıyla sorumluluk sınırlarını tayin etmekte büyük önemi haizdir. Zira ilke gereği sorumluluk davalarında değerlendirme yapılması gereken husus kararın yerindeliği değil, sınırları belirlenmiş bir özen yükümlülüğü çerçevesinde karar alma sürecinin hukuka uygunluğunun denetimi olacaktır. Sınırları belirsiz bir özen yükümlülüğü, şirket yönetiminin profesyonel kişiler tarafından yapılması, kurumsallaşma ve etkin bir şirket politikasının izlenmesi önünde de en büyük engeldir. TTK m. 369 gerekçesinde yer verilen;

*“Tedbirli yönetici ölçüsü basiretli işadamı kavramından farklı olup, bu ölçüye Alm. POK 93 üncü paragrafının kaynaklık ettiği de düşünülmemelidir.*

*Klasik Alman öğretisinde savunulduğunun aksine, şirketin lehine olanı muhakkak yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak, özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez. Çünkü ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve gerekli önlemleri alması, aksi halde sorumlu tutulması gerekir. Hükme esin veren yeni öğreti daha gerçekçidir. Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak “işadamı kararı” (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır.” ifadeleri ile özen yükümlülüğünün içeriğine objektif bir çerçeve çizilmesi amaçlanmıştır.*

İşadamı kararı ilkesi, yönetim kurulu üyelerinin ve/ veya yöneticilerin, aldıkları kararlarda ve gözetim görevlerini icra ederken; yeterli inceleme yapıp bilgi sahibi olarak ve kararın şirket çıkarlarını en iyi şekilde sağlayacağına ilişkin olarak taşıdıkları dürüst bir kanaatle hareket ettikleri konusunda, aksi ispat edilebilir (adi) bir karine sağlar<sup>1</sup>. Başka bir deyişle işadamı kararı ilkesi, karar alma sürecine ilişkin objektif bir takım kriterler getirir. Karar almaya ilişkin bu süreç tamamlanmış ise, alınan karar dolayısıyla şirket zarar etmiş olsa bile yönetim kurulu üyelerinin bu zarardan sorumlu tutulmaması esasını içerir.

İlke, Amerikan hukukunda mahkeme kararları ile doğmuştur ve iki yüz yıla yakın bir süredir uygulanagelmektedir. Bilindiği üzere, Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi, Roma hukukunun etkisinden uzak biçimde ve mahkemelerin yüzyıllardır verdikleri kararlardan çıkan ilkelerin yerleşmesiyle oluşan bir hukuk düzenidir. Bu yapısıyla da Kara Avrupası Hukuk Sistemi’nden farklı olarak, mevcut ekonomik ve sosyal gelişmelere paralel yeni durumların ortaya çıkardığı ihtiyaçları karşılamak amacıyla daha esnek, dolayısıyla da görece gelişmeye daha açık bir yapıya sahiptir. Bu esneklik sayesinde, işadamı kararı ilkesi, doğuşuna temel oluşturan ilk

---

<sup>1</sup> **Palmiter, Alan R.**; Corporations, New York, 2012, s. 222.

mahkeme kararından bugüne, sürekli bir gelişim içinde olmuş, uygulama koşulları belirginleşmiştir. Günümüzde Amerikan şirketler hukukunun temel ilkesi (“*central doctrine*”) olarak nitelendirilmektedir<sup>2</sup>.

Avrupa hukukuna gelince; işadami kararı ilkesinin Avrupa Birliği genelinde uygulanmasına ve üye ülkeler arasında uyumlaştırma amacına dönük düzenlemeler yapılmamıştır. Ancak, Kara Avrupası Hukuk Sistemini de benzer şekilde etkilemiş olan ekonomik iklim ve onun zorunlu kıldığı değişime uyum çabasının bir parçası olarak, Almanya’nın da içinde bulunduğu bir kısım Avrupa ülkesinin<sup>3</sup> iç hukukunda bu yönde düzenlemeler yapılmıştır.

Bu iki ayrı hukuk sisteminin birbirini etkiliyor olması, globalleşen dünyada ticaretin, rekabette var olabilmenin koşullarının değişmesi ve hukuki düzenlemelerin bu ihtiyacı karşılama gereksinimi ile açıklanabilir. Bu nedenle, tez çalışmamız kapsamında yaptığımız incelemeler ve yaptığımız okumalardan da çıkarımla, ilkenin varlık gerekçelerinin üzerinde ayrıntılı olarak durmak gereklidir. Bu gerekçeler, Amerikan hukukunda öğretinin halen üzerinde durduğu bir husus

---

<sup>2</sup> **Bainbridge, Stephen M**; “The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine”, UCLA School of Law, Research Paper No. 03-18, (**Abstention Doctrine**), s. 1, <http://ssrn.com/abstract=429260>, (erişim tarihi: 14.10.2019).

<sup>3</sup> Bu hususta Amerikan Hukuku, Alman ve Avusturya Hukuku karşılaştırmalı olarak yapılan inceleme ve değerlendirme için bkz. **Baumgartner, Andreas**; “Functional Reception” Exemplified by the Austrian Business Judgment Rule (More Than) a Comparison With Germany and Delaware, LL.M. Long Paper, (Supervisor: Reinier Kraakman), Harvard Law School, Cambridge, April 2017; Almanya *business judgment rule* düzenlemesi incelemesi için ayrıca bkz. **Markus Roth**; “Corporate Boards in Germany”, Paul Davies/ Klaus Hopt/ Richard Nowak/ Gerard van Solinge; Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe, Oxford University Press, 2013; Almanya uygulamasının tarihsel süreçte incelemesi ve değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Neumann, Mario H./ Baumgartner, Andreas**; Dealing with Corporate Scandal under European Market Abuse Law: The Case of VW, Stanford-Vienna European Union Law Working Paper No. 37, s. 6-16, <http://tlf.stanford.edu>. (erişim tarihi: 10.11.2019).

olmak yanında, Kara Avrupası Hukuk Sistemine dahil olan kimi ülkelerin kanun düzenlemelerinde işadami kararı ilkesine yer verilmesini anlamının da bir yoludur. Benzer şekilde bu hususta yapılacak detaylı inceleme, Türk hukuku açısından yapılacak değerlendirmede de ilkenin Türk hukukunda uygulanabilirliği, uygulanmasının gerekli olup olmadığı hususunda temel alınabilecek bir çerçeve oluşturacaktır. İlkenin uygulanma şartları ve sınırları yanında, ilkenin uygulanma nedenlerinin Türk hukuku açısından yapılacak değerlendirmelere ışık tutacağına inanılmaktadır. Bu nedenlerle konu, Amerikan hukukunda detaylı olarak ele alınmış, bu perspektiften Türk hukuku açısından değerlendirmelerde bulunulmuştur.

## II. YÖNTEM VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Tez kapsamında yaptığımız bu çalışmada işadami kararı ilkesinin anlamı, işlevi, uygulanma esasları ve kaynak ülke konumundaki Amerikan hukukunda varlık gerekçeleri detaylı olarak incelenmiştir. Çalışmada Amerikan hukukunun esas alınması, ilkenin orada doğmuş olması ve yaklaşık iki yüz yıllık öğretisel ve yargısal birikime sahip olması ile şüphesiz ilişkilidir. Bu hususta yapılacak detaylı incelemenin, Türk hukuku açısından yapılacak değerlendirmede ilkenin Türk hukukunda uygulanabilirliği, uygulanmasının gerekli olup olmadığı sorularının değerlendirilebilmesinde temel alınabilecek bir çerçeve oluşturması hedeflenmiştir. Benzer şekilde ilkenin uygulanma şartları, sınırları ve uygulanma esaslarının incelenmesinin Türk hukukunda ilkenin nasıl uygulanması gerektiği hususunda yapılacak değerlendirmelere ışık tutacağı düşünülmüştür. Bu amaçla, çalışma kapsamında Amerikan hukukunda işadami kararı ilkesinin (*business judgment rule*) anlamı, işlevi, uygulaması, kapsamı ve özellikleri ele alınmış, varlık gerekçeleri detaylı olarak incelenmiş ve bu bakış açısı ile Türk hukuku açısından değerlendirmelerde bulunulmuştur. Çalışmada Amerikan hukuku esas alınmakla birlikte yeri geldikçe başka ülke hukuku uygulamalarına da sınırlı olarak değinilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde; ABD hukukunda ilkenin hukuki çerçevesi, anlamı, gelişimi, işlevi ve ilkenin uygulanmasına ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen gerekçeler detaylı olarak incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde; kaynak ülke konumundaki ABD’de ilkenin uygulanma şartları ve sınırları ile yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının değerlendirilmesinde mahkemeler tarafından kullanılan yargısal inceleme yöntemleri ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu açısından ilkenin uygulanabilirliği değerlendirilmiştir. Bu amaçla yönetim kurulu üyelerinin

özen ve sadakat yükümlülükleri ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk esaslarının genel çerçevesi hakkında bilgi verilmiştir. Özen ve sadakat yükümlülükleri, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk esasları işadami kararı ilkesinin anlamı ve rolü ile sınırlı olarak ele alınmıştır. Bu bağlamda TTK düzenlemesi çerçevesinde ilkenin yeri, içerdiği özellikler ve uygulanabilirliği değerlendirilmiştir. Bu bölümün sonunda, ilkenin Türk hukukunda nasıl uygulanması gerektiği konusunda değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Burada belirtmeliyiz ki, yapılan çalışmada, atıfta bulunan yazarların makale ve kitaplarında atıf için bildirdikleri şekle uyulmuştur. Yabancı kaynaklara yapılan atıflarda; cilt, bölüm ve benzeri hususlarda Türkçe karşılıklar kullanılmamış, yazarların atıf için bildirdikleri şekliyle atıf yapılmasına özen gösterilmiştir. Bunun aynı zamanda okuyucunun orijinal kaynağa kolay ulaşabilmesini kolaylaştıracağı da düşünülmüştür.

Çalışma TTK kapsamında ele alınmış, sermaye piyasası hukuku bakımından özel bir inceleme yapılmamıştır. Çalışmada Amerikan hukuku açısından yapılan inceleme, yönetim kurulu üyelerinin karar alma ve gözetim yükümü kapsamında yapılmış olmakla birlikte, Türk hukuku açısından yapılan inceleme, yönetim kurulu üyelerinin karar alma süreci ile sınırlı olarak ele alınmış ve bununla sınırlı olarak değerlendirilmiştir.

### III. TERMİNOLOJİ

“*Business judgment rule*”, Amerikan hukukunda mahkeme kararları ile doğmuş ve gelişmiş bir ilkedir. İlke, yönetim kurulu üyelerinin bağımsız, çıkar sağlamaksızın ve şirketin menfaatine olduğu konusunda dürüst bir kanaatla verdikleri kararların uygunluğunun mahkemeler tarafından ikinci bir değerlendirmesinin yapılmaması gerektiği fikrini esas alır. Bu bakış açısı ile de yönetim kurulu üyeleri tarafından alınan kararlara ilişkin hukuki sorumluluk iddialarının değerlendirilmesi esaslarını belirler. Amerikan hukuku çerçevesinde yapacağımız açıklamalarda detayları konusunda bilgi verilecek olmakla birlikte, burada ilkenin gerisindeki temel fikir konusunda çok genel ve kısa bilgi vermek lüzumu vardır. Çünkü kavramlaştırma veya terminoloji seçimi konusunda fikir beyan edebilmek, kaçınılmaz olarak bunu gerektirir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ilkenin gerisindeki temel fikir, yönetim kurulu üyelerinin şirket faaliyetlerine dair kararlarına yargı müdahalesinin sınırlandırılmasıdır. Bu yöndeki yaklaşımın nedeni ise, Amerika Birleşik Devletlerindeki şirketler hukuku öğretisi ve bunun, ülkenin ekonomik, dolayısıyla politik tercihleriyle yakından ilgili olmasıdır. Nitekim Delaware Mahkemesinin, repütasyonu yüksek üç yargıcının kaleme aldığı makalede<sup>4</sup> şirketler hukukuna yaklaşımı ifade eden şu cümleler bu düşüncenin kısa bir özeti gibidir: “*Hukuk sisteminin, ekonomik üretim unsurlarını nasıl organize ve koordine ettiği, herhangi bir toplumda zenginlik yaratımına önemli ölçüde katkıda bulunur. Piyasa merkezli liberal demokrasimizde bu işlev diğer alanların yanı sıra şirketler hukuku tarafından kolaylaştırılır.*” Dolayısıyla ilke, şirketler hukukunda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının belirlenmesinde esas alınan herhangi bir kural olmaktan öte işlevi haizdir.

---

<sup>4</sup> Allen, William T./ Jacobs, Jack B./ Strine Leo E.; “Function over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law”, 56 The Business Lawyer, 2001, (**Function over Form**), s. 859.

İlke, Amerikan hukukunda yaklaşık iki yüz yıla yakın bir süredir uygulanagelmektedir, buna karşın Amerikan hukukunda doktrinin halen ilgisinin azalmadığı bir konu olmaya devam etmektedir.

Türk hukukunda, TTK m. 369 hükmü Gerekçe'sinde<sup>5</sup> “işadamı kararı” (*business judgement rule*)” ifadesine yer verildiği görülmektedir. Gerekçe'de “*business judgement rule*” kavramı, Türkçe olarak “işadamı kararı” olarak ifade edilmekle birlikte, devamında yapılan açıklamada; “Genel kabul gören kural uyarınca...” denilerek, ne anlaşılması gerektiği açıklanmaktadır. Dolayısıyla Gerekçe'de yer alan “*business judgement rule*” teriminin Türk hukukunda “işadamı kararı” veya aynı anlamı ifade edecek şekilde “işadamı kararı kuralı” olarak kavramlaştırıldığı değerlendirilmesinde bulunmak mümkündür.

Yabancı bir hukuk sisteminde kullanılan bir kavramın, bir başka hukuk sisteminde doğru karşılığını bulmak başlı başına zor bir iştir. Üstelik konumuz kapsamında bakıldığında, Türk hukukunda olmayan bir ilkenin hukuk sistemine aktarılması ve bunun için de doğru sözcükler dizisi ile bir kavram oluşturulması zorluk seviyesi daha fazla bir iştir. Bunun için iki yol izlenebilir; ilki kavramın içindeki sözcük dizisinin Türkçe karşılıklarını yan yana getirmek, ikincisi ise içeriğini de dikkate alarak kavramlaştırmaya gitmek.

---

<sup>5</sup> TTK madde 369 Gerekçesi: “Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak “işadamı kararı” (*business judgement rule*) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez”. Kavram, Amerikan yargı kararlarında ve hukuk doktrininde “*business judgement rule*” olarak anılmaktadır. Ancak Gerekçede “*judgment*” sözcüğü yerine, “*judgement*” sözcüğü kullanılarak “*business judgement rule*” şeklinde yazımı tercih edilmiştir. Aynı anlamları ifade eden sözcük/ Amerikan İngilizcesinde “*judgment*”, İngiliz İngilizcesinde (BrE) “*judgement*” olarak kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. **Longman Dictionary of Contemporary English**, 2009, UK, s. 947.

İlk yol izlendiğinde “ticari karar kuralı”<sup>6</sup> veya “*ticari muhakeme kuralı*”<sup>7</sup> şeklinde çevirisinin yapılması mümkündür. İkinci yol izlendiğinde kavramın içeriğini de yansıtacak, ayırt edici<sup>8</sup>, kullanımı kolay ve belki fonetik olma özelliği de taşıyan bir karşılık bulmak ya da yaratmak gereklidir. Bütün bu unsurların bir arada olacağı bir karşılık bulmak başlı başına zor bir iştir. Bu bakış açısı ile baktığımızda Gerekçe’de karşılığı “işadamı kararı” olarak belirlenen kavramın seçiminde ikinci yolun seçildiği ve bu şekilde kavramlaştırılmaya gidildiği anlaşılmaktadır.

Gerekçe’de “işadamı kararı” veya “işadamı kararı kuralı” olarak yapılan kavramlaştırmaya, bunun zor bir iş olduğu yolundaki görüşlerimizi tekrar ederek, kimi noktalarda eleştiriler getirilebilmesi mümkündür. Şöyle ki; öncelikli olarak ifade etmek gereklidir ki, kavramın içindeki “business” sözcüğünün karşılığının “işadamı” olarak seçilmiş olması, eleştirilebilir bir tercih olmuştur. Öncelikli olarak sözcük, “ticaret” veya kullanıldığı yerin içeriğini desteklemesi halinde “iş” işaret eden bir sözcüktür. “İşadamı” ifadesi ise, uğraş alanının ticaret olduğunu düşündürmekle birlikte, cinsiyet vurgusu da yapan bir ifade tercihidir<sup>9</sup>. Bu nedenle, bu yolda bir kavramlaştırma tercihi yapılacaksa, “iş insanı” şeklindeki tercih, günümüz kadınının toplumsal ve ekonomik yaşamdaki etkinliğini de dikkate alan

---

<sup>6</sup> **Küçük, Damla**; Amerikan Hukukunda Şirket Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları Bağlamında Uğradıkları Zararın Şirket Tarafından Tazmin Edilmesi ve Türk Anonim Şirketler Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Ankara, 2021, s. 35.

<sup>7</sup> **Hacımahmutoglu, Sibel**; “The Business Judgment Rule: “İşadamı Kararı mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı mı?”, BATİDER, C. XXX, Sayı 4, Aralık 2014, s. 144; **Özdemir, Semih S.**; İşadamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, İstanbul, 2017, s. 9.

<sup>8</sup> “Ticari” sözcüğü, spesifik dar bir alanı tanımlamaktan ziyade daha geniş bir alanı tanımlamak üzere kullanılmaktadır. Zira, TTK m. 3 hükmü düzenlemesi gereği, TTK ile düzenlenen hususlarla, bir ticari işletmeyi ilgilendiren diğer her türlü işlem ve fiiller ticaridir. Yine TTK m. 11 f. 1 hükmü gereği, ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmaktadır.

<sup>9</sup> Benzer yöndeki değerlendirme için bkz. **Hacımahmutoglu**, s. 144.

ve çağdaş bir anlayışın yansıtılması yönünde daha doğru bir tercih olabilirdi görüşündeyiz.

Bu konuda getirilecek bir diğer eleştiri ise, seçilecek sözcük dizinin “ilke” olarak ifade edilmesinin daha doğru olacağı yolundaki görüşümüzdür. Zira, kurallar yasama organı tarafından oluşturulup, kaldırılabilirken, ilke, temel özellikleri ile daha geniş bir düşünceyi ifade eder<sup>10</sup>. Amerikan hukuku çerçevesinde yapacağımız açıklamalarda da görüleceği üzere, “*business judgment rule*”, herhangi bir konuyu düzenleyen herhangi bir kural olmaktan öte, arkasında ekonomik ve politik tercihlerin de olduğu, teorik temelleri olan bir kavramdır. Bu nedenle kavramlaştırılırken, kural yerine, “ilke” olarak ifade edilmesinin daha uygun olduğu kanaatindeyiz<sup>11</sup>.

Bütün bu nedenlerle, “*business judgment rule*” kavramının Türk hukukuna “iş insanı kararı ilkesi”<sup>12</sup> olarak aktarılabilceği görüşündeyiz.

---

<sup>10</sup> “Kural” ve “ilke” sözcüklerinin farkı için bkz. **Goldberg, John C. P.**; In Memoriam: Ronald Dworkin, **Harvard Law Review**, Volume 127, No. 2, December 2013, s. 495-498; **Göksu, Hasan Tuna**; “Ronald Dworkin’in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 4, 01.04.2014, s. 114- 130.

<sup>11</sup>Bu konuda, Türk hukukunda anonim şirketler açısından bir örnek vermek gerekirse, “Malvarlığının Korunması İlkesi” veya “Sermayenin Korunması İlkesi” bir kural değil, ilkedir. Geri planında daha geniş bir kavrayışı ve yaklaşımı yansıtır. Sözü edilen ilke gereği olarak TTK’nda değişik hükümler düzenlenmiştir. Örneğin, anonim şirketin kuruluşuna ilişkin düzenlemeler TTK m. 335, m. 342 hükümleri bunlardan bazılarıdır.

<sup>12</sup> Doktrinde Pulaşlı, “İşadamı kararı ilkesi” olarak kullandığı kavramı (bkz. bu çalışmada dipnot 15), daha sonraki tarihli eserinde, cinsiyet ayrımcılığı açısından uygun bulmadığını ifadeyle “İş insanı kararı ilkesi” olarak kullanmayı tercih etmiştir. Bu konuda bkz. **Pulaşlı, Hasan**; *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 2, Ankara, 2022, s. 1576.

Türk hukukunda konuyu ele alan kimi yazarlar tarafından<sup>13</sup>, “*business judgment rule*” ilkesinin kavramlaştırılmasında farklı önerilerde bulunulmuş olmasına karşın, yazarlar genel olarak çalışmanın içeriği ve açıklamalarında; “işadamı kararı”<sup>14</sup>, “işadamı kararı ilkesi”<sup>15</sup>, “*business judgment rule*”<sup>16</sup> kavramlarının kullanımını tercih etmişlerdir. Bu yöndeki tercihte, kavram kargaşası yaratmamak düşüncesi etkili olmuştur. Aynı veya aynı sayılabilecek ifadelerin kullanılması yönündeki tercih, kavramın Türk hukukuna yeni giriyor olması bu

---

<sup>13</sup> “*Basiretli (ticarete uygun) muhakeme yürütme kuralı*” şeklindeki kavram önerisi için bkz. **Pashi, Ali**; Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, İstanbul, 2005, s. 191, **Bengi Ali**; Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: “Business Judgment Rule” (Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009, s. 70; “*ticari takdir ilkesi*” şeklindeki kavram önerisi için bkz. **Göktürk, Kürşat**; “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, C. 2, S. 2, 2011, (**İşadamı Kararı**), s. 210; **Göktürk, Kürşat**; Banka Yönetimi ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2013, (**Banka Yöneticileri**), s. 122; “*ticari muhakeme kuralı*” şeklindeki kavram önerisi için bkz. **Hacimahmutoğlu**, s. 144-145; aynı yoldaki öneri için bkz. **Özdemir**, s. 12; “*ticari takdir kuralı*” şeklindeki kavram önerisi için bkz. **Bozkurt Yaşar, Sevgi**; Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul, 2015, s. 4; “*ticari takdir kuralı*” şeklindeki kavram önerisi ve bu yönde kullanımı için bkz. **Sevi, Ali Murat**; Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü, Ankara, 2021, s. 242.

<sup>14</sup> “İşadamı kararı” olarak kullanımı için bkz.; **Akdağ Güney, Necla**; Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2016, (**Yönetim Kurulu**), s. 189.

<sup>15</sup> “İşadamı kararı ilkesi” olarak kullanımı için bkz. **Pulaşlı, Hasan**; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2016, (**Şirketler Hukuku**), s. 476; **Göktürk**, Banka Yöneticileri, s. 121; **Bozkurt Yaşar**, s. 4; **Özdemir**, s. 13; **Ay Kaplan, Ülkü**; Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Gözetim Görevi, Ankara, 2017, s. 192.

<sup>16</sup> “*Business judgment rule*” olarak kullanımı için bkz. **Kervankıran, Emrullah**; “Alman Hukuku’nda Business Judgment Rule’nin Kodifikasyonu- Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2007, s. 249-263. “İşadamı kararı” ve “*business judgment rule*” olarak birlikte kullanımı için bkz. **Battal, Ahmet**; Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Rejimi, Akdaeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2012, s. 34-35; **Doğrusöz, Hanife**; Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, İstanbul, 2010, s. 162-168.

nedenle de öğretisel bir birikime ihtiyaç olması ile de yakından ilgilidir. Kavram kargaşası yaratmamak yönündeki yaklaşım bizim de hemfikir olduğumuz bir husustur. Bu yaklaşımla çalışmamızda, Gerekeçe'deki ifadesi ile de kolayca bağlantısı kurulabilecek şekilde, "işadamı kararı ilkesi" ve/veya özellikle Amerikan hukuku bakımından "*business judgment rule*" kavramlarını birlikte kullanacağız. Kavramı, kaynak ülke Amerikan hukukundaki kullanımına uygun olarak da kullanmak yönündeki tercihimiz, gerisindeki iki yüz yıllık yargı uygulaması ve doktrinel birikimle bağlantısını kurmak gerektiği yolundaki düşüncemizdir. İşadamı kararı ilkesinin öngördüğü karine sebebiyle, yine çalışmanın içeriğinde, üst üste kullanımının gerekli olması ve bunun okuyucu için yaratacağı sıkıcılığı da dikkate alarak, kavramı işaret etmek üzere, "ilke" veya "karine" ifadeleri kullanılacaktır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AMERİKAN HUKUKU ÇERÇEVESİNDE İŞADAMI KARARI İLKESİ

#### I. GENEL DEĞERLENDİRME

##### A. Hukuki Çerçeve

*Business judgment rule*, Amerikan hukukunda yargı uygulamaları ile oluşmuş ve şekillenmiştir<sup>17</sup>. İşadamı kararı ilkesine ilişkin Amerika Birleşik Devletleri Federal Yasalarında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konudaki düzenlemelerin, *Model Business Corporation Act* (MBCA)<sup>18</sup> ve *American Law Institute* (ALI)'nin hazırlamış olduğu kurumsal yönetim ilkelerinde yer aldığı görülmektedir. MBCA ve ALI ilkeleri, eyaletler tarafından uyulması zorunlu olmayan ancak, eyaletler tarafından genel olarak benimsenen model normatif düzenlemeler içermektedir. Burada belirtilmelidir ki; ABD' de her eyalet kendi şirketler hukuku düzenlemelerine sahiptir<sup>19</sup>. Başka bir ifade ile, Amerikan hukukunda federal kurallar dışında, eyaletlerin anonim şirketleri düzenleyen kuralları yeknesak değildir. Amerika Birleşik Devletleri Federal Yasalarında işadamı kararı ilkesine ilişkin herhangi bir yasal düzenleme olmamasına karşın,

---

<sup>17</sup> **Allen, William T./ Kraakman, Reinier**; *Commentaries And Cases On The Law Of Business Organization*, 2016, New York, s. 239-240 :“*Long before legislatures acted to protect directors and officers from liability arising from breach of the duty of care, courts fashioned their own protection. Over roughly the past 150 years, U.S. courts have evolved the so-called business judgment rule*”; **Arsht, Samuel**; “The Business Judgment Rule revisited”, 8 *Hofstra Law Review*, 1979, s. 97: Business judgment'in ilk uygulamasının Supreme Court of Louisiana'nın 1829 yılı *Percy v. Millaudon* kararı olduğu, mahkemenin, şirket yöneticilerini, iyiniyetli ve herhangi bir çıkar sağlamaksızın aldıkları karar bakımından koruduğu ifade edilmektedir.

<sup>18</sup> MBCA (*Model Business Corporation Act*), Amerikan Barolar Birliğinin hazırladığı, şirketler kanunu örneğidir.

<sup>19</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 240.

eyalet yasalarında olduğu görülmektedir<sup>20</sup>. Delaware eyaletinin ise *business judgment rule* uygulamasına şekil veren eyalet olduğu anlaşılmaktadır. Hukuk fakültelerinde Delaware uygulaması ders olarak anlatılmakta, Delaware mahkeme kararları incelenmektedir. Bu nedenle, Delaware hukukunun *business judgment rule* uygulamasını şekillendiren eyalet olduğu ve diğer eyaletlerdeki mahkemelerin bu konuda Delaware mahkeme kararlarını dikkate alarak hüküm verdiği söylenmelidir<sup>21</sup>. Daha açık ifade ile; kaynak ülke olan ABD’de *business judgment rule*’ un incelemesi yapıldığında Delaware hukuku ve ilgili mahkeme kararlarının incelenmesi zorunludur<sup>22</sup>. Bu nedenle çalışmada, MBCA ve ALI ilkelerinin yanı sıra, Delaware eyalet hukuku ve mahkeme kararları dikkate alınmıştır.

Genel olarak özen ve bağlılık yükümlülüğüne ilişkin hukuksal düzenlemeler Federal Yasalarda yer almamış olsa da, payları borsada işlem gören halka açık şirketlerde durumun farklı olduğu söylenmelidir. 2000 yılı başlarındaki şirket skandalları -Enron ve WorldCom gibi- sebebiyle Sarbanes-Oxley Kanunu (“*Sarbanes Oxley Act*”) ile halka açık şirketlerde kurumsal yönetim ilkeleri belirlenmiştir. Yine 2008 yılındaki finansal kriz sonrası Dodd-Frank Kanunu

---

<sup>20</sup> Allen/ Kraakman, s. 240.

<sup>21</sup> Delaware Mahkemeleri; “*the Mother Court of corporate law*” olarak nitelenmektedir. Bu konuda bkz, **Radin, Stephen A.**; *The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors*, Wolters Kluwer Law & Business, 6<sup>th</sup> Ed., Volume 1, s. 5-11; Delaware Mahkemelerinin önemi için ayrıca bkz. **Spamann, Holger**; *Monetary Liability For Breach of the Duty Of Care*, Winter 2016, Volume 8, Number 2, *Journal of Legal Analysis*, s. 362-363.

<sup>22</sup> Bkz. About Agency, State of Delaware, [https://corp.delaware.gov/aboutagency/about the division of corporation](https://corp.delaware.gov/aboutagency/about%20the%20division%20of%20corporation) (erişim tarihi: 26.10.2019) (Amerika’da kurulu halka açık şirketlerin %66’dan fazlası ve Fortune 500 listesindeki şirketlerin %66’dan fazlasının Delaware Eyaletinde kurulduğu ifade edilmektedir.); **Sharfman, Bernard S.**; *The Importance of the Business Judgment Rule*, 14 N.Y.U. J.L. & Bus. 27, 2017, (**Importance of the Business Judgment Rule**), s. 32: “ .....*Delaware is the state where vast majority of the largest United States companies are incorporated and its corporate law often serves as the authority that other states look to when developing their own statutory and common law.*”; **Eisenberg, Melvin A.**; *The Duty of Care Corporate Directors and Officers*, 51 U. Pitt. L. Rev. 945 1989-1990, (**The Duty of Care**), s. 970.

(“*Dodd-Frank Act*”) ile finansal piyasalara ilişkin olarak yeni yasal düzenlemeler yürürlüğe sokulmuş ve kurumsal yönetim ilkelerine de ek ilaveler yapılmıştır. Bütün bu düzenlemeler, Amerika Birleşik Devletlerinde uygulama gören Federal Yasalardır. Konunun sınırlandırması kısmında bildirdiğimiz üzere, hazırlanan tez yalnızca genel şirketler hukuku bağlamında ele alınmış ve sermaye piyasası hukuku ile ilgili olarak ayrıca bir inceleme yapılmamıştır.

## B. İlkenin Gelişimi

İşadamı kararı ilkesinin şekillenmesine başlangıç olarak kabul edilen ilk kararın 1829 tarihli Louisiana Yüksek Mahkemesi (*Louisiana Supreme Court*) tarafından verilen *Percy v. Millaudon*<sup>23</sup> davası kararı olduğu anlaşılmaktadır<sup>24</sup>. Gözetim yükümlülüğünün ihlali gerekçesiyle banka yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılan sorumluluk davasında; Yüksek Mahkeme, insan olarak kusurlu olan doğamıza vurgu yaparak, yöneticilerin sorumluluğu değerlendirmesi yapılırken ölçü, bilgeliğin kesinliği olmamalıdır (“*not the certainty of wisdom in others*”) değerlendirmesini yapmış, bu ölçünün gerçekçi olmadığına işaret etmiştir. Sorumluluk ölçüsünün, sağduyulu ortalama bilgi sahibi bir insanın dikkati ve özeni sınırlarının aşırı ihlali hali olarak kabul edilmesi gerektiğini bildirmiştir. Mahkeme, bunun üstünde bir beklentinin varlığı halinde, ağır bir sorumluluk yükü altına girmeyi gerektirecek yönetim kurulu üyeliği görevini kimsenin yapmak istemeyeceğine de vurgu yapmıştır<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. (n.s.) 68, 77-78 (La. 1829).

<sup>24</sup> **Arsh**, s. 93; **Smith, Gordon D.**; The Modern Business Judgment Rule (BYU Law Research Paper Series No. 15-09, June 2015), (**Modern Business Judgment Rule**), s. 4, [http://ssrn.com/abstract\\_id 2620536](http://ssrn.com/abstract_id 2620536) (erişim tarihi: 14.10.2019).

<sup>25</sup> “*The contrary doctrine seems to us, to suppose the possession, and require the exercise of perfect wisdom in fallible beings. No man would undertake to render a service to another on such severe conditions. The reason given for the rule, namely, that if the mandatory had not accepted the office, a person capable of discharging the duty correctly would have been found is quite unsatisfactory. The person who would have accepted, no matter who he might be, must have shared in common with him who did the imperfection of our nature, and consequently must be presumed just as liable to*

İlke, başlangıç olarak kabul edilen 1829 tarihli bu karardan itibaren 150 yıllık bir süreçte mahkemelerin değişik kararları ile şekillenmiştir<sup>26</sup>. Ancak genel olarak, ilkenin gelişiminin özellikle 1970 yılından sonraki Delaware eyaleti mahkemeleri tarafından verilen kararlara dayandığı söylenebilir<sup>27</sup>. Amerikan hukukunda doktrinin ilkenin şekillenmesinde ve gelişiminde önemli gördüğü kimi davalar<sup>28</sup> tezimiz kapsamında, ilerleyen bölümlerde ilgili konu başlıkları altında, ilgisi ile sınırlı olarak ele alınacaktır.

## II. ÖZEN ve SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAĞLAMINDA İŞ ADAMI KARARI İLKESİNİN ANLAMI, İŞLEVİ ve UYGULANMA GEREKÇELERİ

Kaynak ülke ABD hukukunda *business judgment rule*'un kanuni bir tanımlaması yoktur<sup>29</sup>. Öğretide, Allen ve Kraakman en yakın bulunabilecek formülasyona, Amerikan Barolar Birliği'nin *Corporate Director's Guidebook* kitabında yer verildiğini bildirmektedirler. Buna göre *business judgment rule* korumasından yararlanacak karar, hiçbir çıkarı olmayan yönetim kurulu üyeleri ya da yöneticileri tarafından alınmış olmalı, karar alınmadan önce yeterli/uygun şekilde bilgilendirilmiş olunmalı ve kararın şirketin menfaatine olduğu konusunda

---

*have mistaken the correct course. The test of responsibility therefore should be, not the certainty of wisdom in others, but the possession of ordinary knowledge, and by showing that the error of the agent is of gross a kind, that a man of common sense, and ordinary attention, would not fallen into it.*”, Karar için bkz. **Arsht**, s. 93-95.

<sup>26</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 240.

<sup>27</sup> **Johnson, Lyman P. Q.**; *Unsettledness in Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose*, 38 Del. J. Corp. L., 2013, (**Delaware Corporate Law**), s. 411.

<sup>28</sup> *Aranson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984); *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985); *Francis v. United Jersey Bank*, 432 A.2d 814 (N.J. 1981); *In Re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

<sup>29</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 243.

dürüst bir inançla (iyiniyetle/ “*good faith*”)<sup>30</sup> hareket edilmiş olmalıdır<sup>31</sup>. Ülkenin temel taşlarını oluşturan bu koşullar, aşağıda Amerikan hukukunda özen ve sadakat yükümlülüğünün genel çerçevesi hakkında bilgi verildikten sonra açıklanmıştır.

#### A. Özen ve Sadakat Yükümlülüğünün Genel Çerçevesi

Amerikan hukukunda şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki güvene dayalı ilişkinin (*fiduciary relationship*), yerleşik kabullere göre iki yükümlülük içerdiği kabul edilmektedir: Özen (*care*) ve sadakat (*loyalty*)<sup>32</sup>. Her bir yükümlülük yargısal değerlendirmede uygulanacak standartları da belirlemektedir<sup>33</sup>.

Daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere, şirketler hukuku her eyaletin kendi yasaları tarafından düzenlenmektedir. Eyaletlerin bir çoğunun şirketler hukuku yasaları yönetim kurulu üyelerinin yükümlerine ilişkin düzenlemeler içerir. Özen yükümü kapsamında bakıldığında bu düzenlemelerin,

---

<sup>30</sup> İyiniyet kavramı Türk hukukunda ve Amerikan hukukunda farklı anlamlara gelmektedir. Türk hukukunda iyiniyet MK m. 3 hükmünde, dürüstlük kuralı ise MK m. 2 hükmünde düzenlenmiştir. MK m. 3 hükmünde düzenlenen iyiniyet, bir hakkın kazanılmasına engel bir hususun varlığını bilip bilmemeyi ifade eder. Amerikan hukukundaki iyiniyet (“*good faith*”) kavramı ise, bunların hepsini birlikte kapsayan bir üst kavramdır. Ancak, işadami kararı ile ilgili kullanımında dürüstlük kuralına daha yakın içeriğe sahip olduğu görülmektedir. Çalışmamızın Amerikan hukuku ile ilgili bölümlerinde “*good faith*” karşılığı “iyiniyet” terimi kullanılmakla birlikte, terim Amerikan hukukundaki anlamıyla kullanılmıştır.

<sup>31</sup> **American Bar Association, Corporate Director’s Guidebook**, (2d ed. 1994); “*when it (i) is made by financially disinterested directors or officers (ii) who have become duly informed before exercising their judgment and (iii) who exercise judgment in a good -faith effort to advance corporate interests.*”; **Allen/ Kraakman**, s. 243.

<sup>32</sup> **Palmiter**, s. 221; **Black, Bernard S.** ; “The Principal Fiduciary Duties of Board of Directors”, Stanford Law School, Presentation at Third Asian Roundtable on Corporate Governance, Singapore, 2001, s. 1.

<sup>33</sup> **Palmiter**, s. 221.

MBCA §8.30 (a) ile uyumlu olduğu ifade edilmektedir<sup>34</sup>. Sözü edilen model kanunda, özen yükümlülüğünün gereği olarak; şirket yönetim kurulu üyeleri, karar alma ve gözetim görevlerini iyiniyetle yerine getirmeli, bilgilenmiş olarak hareket etmeli ve şirketin çıkarları için en iyi olduğu yolunda makul bir inançla hareket etmelidir. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin, karar alma ve gözetim görevlerini yerine getirirken, benzer pozisyondaki bir kişinin, benzer koşullar altındaki dikkati ve özeniyle (“*reasonable care*”) hareket etme yükümlülüğü vardır<sup>35</sup>.

Yargı uygulamalarında ise, özen yükümlülüğü (*duty of care*) kapsamında, yönetim kurulu üyelerinin karar alırken ve gözetim görevini ifa ederken; gerekli incelemeleri tatmin edici düzeyde yaparak ve şirketin menfaatine uygun olduğu yolunda dürüst bir inançla hareket etmesi beklenir. Dolayısıyla yükümlülük, yönetim kurulu üyelerinin karar alma süreçlerine ve şirketin gözetim görevinin yerine getirilmesine ilişkin olarak; dürüst bir inançla hareket etme (*good faith*), şirketin menfaatinin en iyi şekilde sağlanması (*best interests*), bilgilenmiş olarak hareket etme (*informed basis*) borçlarını yüklemektedir<sup>36</sup>. Başka bir ifade ile yargı uygulamasında özen yükümünün yerine getirilip getirilmediğine karar verilmesi bu davranış yükümlülüklerine uyulup uyulmadığının değerlendirilmesini gerektirir. Ancak, işadama kararı ilkesi gereği, bu davranış yükümlülüklerine uyulduğu varsayılır. Başka bir ifade ile ilke, özen yükümünün yerine getirilmiş olduğu yönünde yönetim kurulu üyeleri lehine aksi ispat edilebilen bir karine sağlar. Bu nedenle de, işadama kararı ilkesinin makul özen (“*reasonable care*”) ölçütünü yumuşattığı değerlendirilmesi yapılır<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> **Palmiter**, s. 243.

<sup>35</sup> MBCA'nin daha önce, özen yükümlülüğü kapsamında ortalama tedbirli kişi (“*ordinarily prudent person*”) ölçütünü esas alan düzenlemesini 1998 yılında yapılan revizyonla makul özen (“*reasonable care*”) olarak değiştirdiği kaydedilmektedir. Bunun için bkz. **Palmiter**, s. 244.

<sup>36</sup> **Palmiter**, s. 244-245.

<sup>37</sup> **Bauman, Jeffrey D./ Palmiter, R. Alan/ Partnoy, Frank**; Corporations Law And Policy, USA, 2007, s. 639; Yapılan tespate ilişkin yargı uygulaması için ayrıca bkz. **Allen/ Jacobs/ Strine**, Function over Form, s. 868-872.

Doktrinde, şirketler hukukundaki özen yükümlülüğüne ilişkin yasal düzenlemelerin ve mahkemeler tarafından esas alınan davranış kriterlerinden her birinin, özen yükümlülüğünün bir yönünü tanımladığı tespiti yapılmaktadır. Zira mahkemeler tarafından, bilgilenmiş olarak hareket edilip edilmediği ve şirketin çıkarları için en iyi olduğu yolundaki makul inanç değerlendirmesinde, benzer pozisyondaki (“*like position*”) bir kişinin, benzer koşullar altındaki davranışının (“*under similar circumstances*”) kriter kabul edildiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla objektif özen ölçütünün esas alındığı anlaşılmaktadır<sup>38</sup>.

Mahkemeler özen yükümünün ihlal edilip edilmediğini belirlemede nesnel olgular üzerinden bir değerlendirme yapmaktadır<sup>39</sup>. Nitekim, yöneticilerin toplantıya katılmak için ne kadar süreye sahip olduğu<sup>40</sup>, hazırlık için ne tür bilgilerin toplandığı<sup>41</sup>, karar alınacak konu kapsamında uzman görüşü alınıp alınmadığı ve bunların niteliği, toplantıda geçirilen süre, alınacak karar için gerekli belge vb.’nin incelenip incelenmediği<sup>42</sup> gibi hususlar mahkemeler tarafından yapılan değerlendirmelerde dikkate alınan hususlardır<sup>43</sup>.

ABA’nın (*American Bar Association*) şirket yöneticileri için hazırlanmış olduğu rehber kitap<sup>44</sup>, özen yükümlülüğü kapsamında yöneticilerin davranış yükümlerine ilişkin tavsiye niteliğinde spesifik bilgiler içermektedir. Yönetim kurulu üyelerinin toplantılara düzenli katılımı, önemli görülen hususların gündeme konulmasını talep etmek, alınacak kararın öncesinde inceleme yapılmasını

---

<sup>38</sup> **Palmiter**, s. 245.

<sup>39</sup> **Furlow, Clark W.**; “Good Faith, Fiduciary Duties, and the Business Judgment Rule in Delaware”, 2009 Utah L. Rev. 1061(2009), s. 1084.

<sup>40</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d, 873 (Del. 1985).

<sup>41</sup> *Cede&Co. v. Technicolor, Inc.*, 634, A. 2d, 371 (Del. 1993).

<sup>42</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d, 873 (Del. 1985).

<sup>43</sup> **Furlow**, s. 1084-1085.

<sup>44</sup> ABA, *Corporate Director’s Guidebook*, Amerikan Barolar Birliği tarafından hazırlanmış rehber kitaptır. Kitabın, mahkeme kararları dikkate alınarak hazırlandığı, şirket yöneticileri ve avukatlar için kılavuzluk yapacak bilgiler içerdiği görülmektedir.

gerektirmesi halinde toplantı gününün buna imkan verecek şekilde önceden gündem ile birlikte bildirilmesi, yöneticilerin toplantı öncesinde gündem konusuna ilişkin olarak gerekli gördükleri bilgileri toplaması ve bunları incelenmesi, gerekli olduğu takdirde uzman görüşlerinin istenmesi bunlardan bazılarıdır<sup>45</sup>.

Sadakat yükümlülüğü (*duty of loyalty*) ise, genel anlamda yönetim kurulu üyelerinin, şirket çıkarlarını koruma yükümlülüğünü ifade eden, şirket çıkarlarının kendi çıkarlarıyla karşı karşıya geldiği durumlarda da şirket çıkarlarını kendi çıkarlarından üstün tutmalarını da kapsayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>46</sup>. Yükümlülük, şirket sermayesi ve kaynaklarının nasıl kullanıldığı ile yakından ilişkilidir.

Genel olarak bakıldığında, şirketin menfaatinin en iyi şekilde sağlanması yönünde hareket etmek her iki yükümlülüğün ortak paydası olarak görünmektedir. Dolayısıyla bu örtüşme özen ve sadakat yükümlülüğünün ayırt edilmesini güçleştirmektedir. Nitekim doktrinde özen ve sadakat yükümlülüklerinin ayrı yükümlülükler olduğu ifade edilmekte, ancak iki yükümlülüğün arasındaki çizginin genellikle bulanık olduğunun da altı çizilmektedir<sup>47</sup>. Bu yoldaki görüş şu tespitlerle desteklenmektedir: Yargı uygulamalarında, özen yükümlülüklerinin ihlali iddiası ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidilmesinin talep edildiği bir davada, sadakat yükümlülüğünün ihlali değerlendirilmesinde başvuru olan tam uygunluk ölçütü (“*entire fairness*”) uygulama görebilmektedir. Benzer şekilde özen yükümlülüğünün ihlali iddiasında mahkemeler tarafından uygulanan işadami kararı ilkesi, sadakat yükümlülüğü ihlali değerlendirilmesinde uygulanabilmektedir.<sup>48</sup> Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi talebi ile açılacak bir

---

<sup>45</sup> ABA, Corporate Director’s Guidebook, 4th Edition, Section 2.

<sup>46</sup> **Palmiter**, s. 222-223.

<sup>47</sup> **Bauman/ Palmiter/ Partnoy**, s. 639.

<sup>48</sup> **Bauman/ Palmiter/ Partnoy**, s. 639 vd, bu konudaki genel bir değerlendirme için ayrıca bkz. **Eisenberg, Melvin A.**; “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, 62 Fordham Law Review, 1993 (**The Divergence of Standards**), s. 466-468.

davada, işadamı kararı ilkesinin uygulama bulup bulmayacağıın tespiti açısından, ihlalin hangi yükümlülük tanımı içinde yer aldığıın tespit edilmesi, iddia sahipleri ve avukatlar açısından önemlidir<sup>49</sup>.

İki yükümlülük arasındaki görünürdeki bu örtüşmenin içerdiği farklılıklar, ilerleyen bölümlerde detaylı olarak ele alınacaktır.

## **B. İşadamı Kararı İlkesinin Anlamı**

İşadamı kararı ilkesi, yönetim kurulu üyelerinin ve/veya yöneticilerin, aldıkları kararlarda ve gözetim görevlerini icra ederken; yeterli inceleme yapıp bilgi sahibi olarak ve kararın şirket çıkarlarını en iyi şekilde sağlayacağına ilişkin olarak taşıdıkları dürüst bir kanaatle hareket ettikleri konusunda, aksi ispat edilebilir (adi) bir karinenin varlığını ifade etmektedir<sup>50</sup>. Başka bir ifade ile işadamı kararı ilkesi karar alma sürecine ilişkin objektif bir takım kriterler getirmektedir. Karar alma sürecine ilişkin olarak bu kriterlerin sağlandığı yönünde yönetim kurulu üyeleri lehine, aksi ispat edilebilir bir karinenin varlığını ifade etmekte, böylece bir koruma sağlamaktadır. Karar almaya ilişkin bu süreç tamamlanmış ise, alınan karar dolayısıyla şirket zarar etmiş olsa bile yönetim kurulu üyelerinin bu zarardan sorumlu tutulmaması esasını içermektedir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri, çıkar sağlamaksızın, bilgilensmiş olarak ve kararın şirketin menfaatine olduğu yönünde dürüst bir kanaat ile hareket ettikleri (*good faith*) sürece, aldıkları karar, zarar doğuran bir karar olmuş olsa bile ve karar sonucu ile birlikte değerlendirildiğinde (*ex-post* bakış açısı ile) mantıksız bir karar gibi görünse de, sorumluluklarına gidilemeyecektir<sup>51</sup>. Başka bir ifade ile, davacılar tarafından işadamı kararı ilkesinin içeriğini oluşturan bu kriterlerin sağlanmadığı yolunda

---

<sup>49</sup> **Bauman/ Palmiter/ Partnoy**, s. 639.

<sup>50</sup> **Palmiter**, s. 222.

<sup>51</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 243.

mahkemede makul bir şüphe oluşturulamazsa, yönetim kurulu kararının yerindeliği değerlendirilmeyecektir. Buna karşılık, böyle bir makul şüphe oluşturulursa, bu durumda mahkemece ilgili yönetim kurulu kararı, içeriği ve sonuçları dahil tüm boyutlarıyla incelenerek, yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektiren bir karar olup olmadığı değerlendirilecektir. Böylece iş adamı kararı ilkesi, kararın içerik olarak doğru ve yerinde bir karar olup olmadığından ziyade, doğru bir karar alma sürecinin uygulanıp uygulanmadığının incelenmesini sağlamakta ve doğru süreçlerden geçilmişse, yönetim kurulunu sorumluluktan kurtarmaktadır. Bu konu; “hukuk, yönetim kurulu üyelerine doğru karar almasını emretmez, ancak karar alma sürecinde belli davranış yükümlülüklerine uymasını emreder” olarak da özetlenmektedir<sup>52</sup>. Bu nedenle de işadamı kararı ilkesinin yönetim kurulu üyeleri ve yöneticileri risk alma konusunda koruyan ve yöreklendiren objektif kriterler içeren bir ilke olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır<sup>53</sup>.

İlerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, işadamı kararı ilkesinin amacı, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk riskini azaltmak, geriye dönük bakış açısını (*hindsight bias*) engellemek ve etkili risk alınabilmesini çoğaltmaktır. Bu açıdan bakıldığında, ilkenin, belli koşulların varlığında yöneticiler lehine korunaklı bir alan yaratma amacını güttüğü sonucuna ulaşmak mümkündür.

Detayları ilerleyen bölümlerde ele alınacak olmakla birlikte, şu aşamada söylemek gereklidir ki, ilke Amerikan hukukunda anonim şirketin amacı etrafında oluşturulan şirketler hukuku teorileri, anonim şirketin temel amacının, pay sahiplerinin uzun vadeli kâr maksimizasyonunu sağlamak olduğu yönündeki görüş ile yakından ilintilidir. Büyük resme bakıldığında da ilkenin Amerika Birleşik Devletleri'nin ekonomi politikaları ve hukukun bu noktadaki işlevi ile de yakından ilgili olduğunu söylemek mümkündür<sup>54</sup>. Dolayısıyla, bir çıkar çatışmasına işaret

---

<sup>52</sup> Allen/ Kraakman, s. 243.

<sup>53</sup> Furlow, s. 1084.

<sup>54</sup> Allen/ Jacobs/ Strine, Function over Form, s. 859.

eden<sup>55</sup> sadakat yükümlülüğü ihlali veya şirket menfaati dışında başka bir amaçla hareket etme olgusuna işaret eden iyiniyetle hareket etmeme hali<sup>56</sup> işadamı kararı ilkesinin varlık sebebi ile bağdaşmaz. Bu nedenle de işadamı kararı ilkesi, sağladığı koruma açısından değerlendirildiğinde -usule ilişkin işlevi (karine) dışında doktrinde de işaret edildiği üzere özen yükümlülüğü ile ilişkilendirilir<sup>57</sup>. Başka bir ifade ile işadamı kararı ilkesini, ispat yükünü belirleyen bir karine olma işlevi ile sınırlı ele aldığımızda, ispat yükü, özen veya sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiğini iddia eden davacı üzerindedir. Davacı sadakat yükümlülüğünün ihlali iddiasında ise ve mahkemeye sunduğu delillerle makul bir şüphe yaratabilmişse, işadamı kararı ilkesi uygulama alanı bulmayacaktır<sup>58</sup>. Başka bir deyişle ilkenin, yargının yerindelik incelemesi yapmaması yönündeki koruması sadakat yükümlülüğünün ihlalinde olmayacaktır. Bu halde mahkemece ilgili yönetim kurulu kararı içeriği ve sonuçları dahil tüm boyutlarıyla incelenerek, yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektiren bir karar olup olmadığı değerlendirilecektir<sup>59</sup>. Sadakat yükümlülüğünü karakterize eden menfaat çatışması olgusunun ise yargıçlar tarafından adeta “koklandığının” ifade edildiğini de ayrıca kaydetmek gereklidir<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> **Baumgartner**, s. 41; **Smith, Gordon D.**; The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 55: 1399, (2002), (**Critical Resource**), s. 1459.

<sup>56</sup> Amerikan hukukunda Griffith, iyiniyetin anlamını belirlemede Delaware Mahkemesi Yargıcı (*Chancellor*) Allen'in, iyiniyet basitçe şirketler hukukunun altında yatan refah maksimizasyonu hedeflerine kısa bir referans olabilir yolundaki görüşüne atıf yapar. Bunun için bkz. **Griffith, Sean J.**; Good Faith Business Judgment: A Theory Of Rhetoric In Corporate Law Jurisprudence, *Duke Law Journal*, Volume 55, October 2005, Number 1, s. 5-6.

<sup>57</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 273-274; **Palmiter**, s. 243-246; **Black**, s. 2 vd; **Bainbridge**, s. 6 vd.

<sup>58</sup> **Holland, Randy J.**; Delaware Directors' Fiduciary Duties: The Focus On Loyalty, 2008 Distinguished Jurist Lecture, *U. of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 11:3, 2009, s. 683.

<sup>59</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, Function over Form, s. 882; **Johnson, Lyman P. Q.**; “The Modest Business Judgment Rule”, *55 Business Lawyer*, 2000, (**The Modest Rule**), s. 628; **Palmiter**, s. 244.

<sup>60</sup> **Baumgartner**, s. 41.

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Amerikan hukukunda ilke, özen yükümlülüğü ile ilişkilendirilmektedir. İlkenin, özen yükümlülüğü ile ilişkilendirildiğinin tespitini yapmak ve ilerleyen bölümlerde ele alacağımız üzere uygulama sınırlarını belirlemek Türk hukukunda uygulanabilirliğini değerlendirmek açısından önemlidir.

### C. İlkenin İşlevi

Özen ve sadakat yükümlülüğünün öngördüğü sorumlulukları yerine getiren yönetim kurulu üyeleri verdikleri karardan ötürü şüphesiz sorumlu olmayacaklardır. Ancak niçin bu özel rejime ihtiyaç duyulduğu, yani ilkenin gördüğü işlevin ne olduğu sorusu cevaplanması gereken bir sorudur. İlkenin işlevi konusunun doktrinde sınırlı olarak ele alındığı söylenmelidir. Konunun sınırlı olarak ele alınmış olması ve soyut oluşu anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, ilkenin mahkemeler tarafından nasıl uygulandığı konusunda kısa bir bilgilendirme yapmak, ilkenin işlevinin daha anlaşılır olmasına katkı sağlayacaktır. Delaware Yüksek Mahkemesi'nin *McMullin v. Beran* davası kararı<sup>61</sup>, ilkenin esasa ve usule ilişkin olarak nasıl uygulandığı konusunda açıklayıcı bilgiler içermektedir. Bu amaçla sözü edilen mahkeme kararından konumuzla ilişkili özet bilgiye aşağıda yer verilmiştir.

*McMullin v. Beran* davası kararında<sup>62</sup> işadami kararı ilkesinin hem usule ilişkin bir rehber, hem de maddi bir hukuk kuralı olarak uygulandığı ifade edilmektedir. Usul açısından bakıldığında, ilkenin yönetim kurulu üyeleri lehine sağladığı karine nedeniyle ispat yükü, karinenin aksini iddia eden davacılar üzerindedir. Mahkeme incelemesini işadami kararı ilkesi esasları çerçevesinde yapacaktır. Dolayısıyla davacılar ilkenin içerdiği; yönetim kurulu üyelerinin

<sup>61</sup> *McMullin v. Beran*, 765 A. 2d 910, (Del. 2000).

<sup>62</sup> *McMullin v. Beran*, 765 A. 2d 910, (Del. 2000).

güvene dayalı yükümlülüklerini yerine getirdikleri yolundaki kabulün gerçek olmadığını gösterecek şekilde mahkemeye inandırıcı deliller sunmalıdırlar. Başka bir ifade ile davacılar, sundukları delillerle işadımı kararı ilkesinin içerdiği koşulların sağlanamadığı konusunda mahkemede makul bir şüphe yaratabilmelidirler. Aksi halde dava mahkeme tarafından reddedilecektir.

Mahkeme kararında ifade edildiği üzere yönetim kurulu üyelerinin güvene dayalı yükümlülükleri, kanundan doğan, kanunlarla düzenlenmiş yasal yükümlülüklerdir ve düzenleme alanı olarak bakıldığında esasa ilişkin düzenlemelerdir (“*substantive rule*”). İşadımı kararı ilkesi, esasa ilişkin bu düzenlemeleri usule ilişkin bir kurala dönüştürür<sup>63</sup>. Zira işadımı kararı ilkesi, bir işadımı kararının, bağımsız ve kişisel çıkarı olmayan yöneticiler tarafından, bilgilenmiş olarak, şirketin yararına olduğu konusunda dürüst bir kanaatle verilmiş olduğu konusunda, aksi ispat edilebilen bir karinenin ifadesidir. İşadımı kararı ilkesi ve yönetim kurulu lehine sağladığı karine nedeniyle, yargıç, yargısal incelemesi istenen yönetim kurulu kararının bu ölçüleri sağlayıp sağlamadığı konusunda hukuki bir değerlendirme yapacaktır. Başka bir ifade ile, kararın değerlendirmesi hukuki bir sorunun (“*question of law*”)<sup>64</sup> cevaplanması olacaktır ve işadımı kararı ilkesi kapsamında sadece yargıcın incelemesini gerektirecektir. Dolayısıyla, maddi olayların incelenmesini gerektiren ve Amerikan hukuku gereği jüri incelemesini zorunlu kılan (“*question of fact*”)<sup>65</sup> yargısal süreç

---

<sup>63</sup> Allen/ Kraakman, s. 243.

<sup>64</sup> *Question of law*: Kanun veya hukukun uygulanmasını veya yorumlanmasını gerektiren durumlar, “hukuka ilişkin bir sorunun cevaplanması” olarak Türkçeye çevrilebilecek “*question of law*” kavramı ile ifade edilmektedir. Bu tür hukuki meselelere, jüri olmaksızın hakim tarafından karar verilmektedir. Kavram için bkz. **Garner, Bryan A.** (Editor in Chief), *Black’s Law Dictionary*, Eight Edition, 2004, USA, (**Black’s Law Dictionary**), s. 1281.

<sup>65</sup> *Question of fact*: Maddi olguların değerlendirilmesini gerektiren, bu açıdan da kanunda önceden belirlenmemiş ve yetkili bir şekilde cevap verilmemiş olarak ifade edilen ihtilaflar şeklinde tanımlanmaktadır. Kavramı açıklamak için, bir sanığın üzerine atılı suçu işleyip işlemediği, başka bir ifade ile suçlu olup olmadığı veya bina inşa etmeyi üstlenen bir müteahhitin, makul olmayan bir

girilmeyecektir<sup>66</sup>. İlke gereği, karinenin aksini ispat yükü davacılar üzerindedir. Yargıç tarafından yapılan incelemede, davacılar sundukları deliller ile, güvene dayalı yükümlülüklerin ihlal edildiğine dair makul bir şüphe oluşturamazlarsa, dava reddedilecektir.

İlkenin diğer işlevi ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davasında yargının inceleme esaslarını belirlemesidir<sup>67</sup>. Başka bir ifade ile güvene dayalı yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği sorusunun cevaplanmasında inceleme ve değerlendirme konusunda bir takım kriterler getirmesidir. Bu, bir anlamda, yargının güvene dayalı yükümlerinin yerine getirilip getirilmediği değerlendirmesinin, bir takım esaslara bağlanması ve sınırlandırılmasıdır<sup>68</sup>. Çünkü hukuk, yönetim kurulu kararlarının, yargı tarafından *ex-post* bir bakış açısıyla doğru ya da yanlış olduğu değerlendirmesinin yapılmasını istemez<sup>69</sup>. Sorumluluğu belirleyecek husus yönetim kurulu kararının, sonuçlarından bağımsız olarak, yeterince bilgilenmiş şekilde, bağımsız ve kişisel menfaat sağlanmaksızın, şirketin menfaatine olduğu yolunda dürüst bir kanaatle alınmış olmasıdır. Başka bir ifade ile yargı tarafından değerlendirilecek husus, kararın yerindeliliği değil, karar alma sürecinin uygunluğudur<sup>70</sup>. Dolayısıyla ilkenin diğer işlevi de yargı müdahalesinin sınırlandırılmasıdır.

---

şekilde üstlendiği işi geciktirip geciktirmediği gibi örnekler verilmektedir. Kavram için bkz. **Garner**, Black's Law Dictionary, s. 1281.

<sup>66</sup> Bkz. **Allen/ Kraakman**, s. 243: “*When courts invoke the business judgment rule, they are, in effect, converting what would otherwise be a question of fact...into a question of law for the court to decide. Recall that courts decide questions of law, while juries ordinarily decide questions of fact*”.

<sup>67</sup> Yargının bu inceleme yöntemi “*standard of review*” olarak da anılmaktadır. Bu konuda bkz. **Palmiter**, s. 246.

<sup>68</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 244.

<sup>69</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 243-244; **Palmiter**, s. 246.

<sup>70</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 243.

Sonuç olarak, işadami kararı ilkesinin, biri esasa, diğeri usule ilişkin olmak üzere iki işlevi vardır. İlk olarak yönetim kurulunun sorumluluk davasında, yargı tarafından yapılacak güvene dayalı yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği değerlendirilmesinde yargının inceleme esaslarını belirler. Kararın yerindelik denetiminin yapılmasına izin vermez<sup>71</sup>. İkinci olarak, yöneticilerin yeterince bilgilenmiş olarak şirketin çıkarları doğrultusunda dürüst bir kanaatle hareket ettikleri yönündeki karinenin çürütülmesini gerektirir. İşadami kararı ilkesi ve yönetim kurulu lehine sağladığı karine nedeniyle, yargıç, yargısal incelemesi istenen yönetim kurulu kararının bu ölçüleri sağlayıp sağlamadığı konusunda hukuki bir değerlendirme yapacaktır. Başka bir ifade ile, kararın değerlendirmesi hukuki bir sorunun cevaplanması olacaktır ve işadami kararı ilkesi kapsamında sadece yargıcın incelemesini gerektirecektir.

Doktrinde ispat yükünün üstesinden gelmenin önündeki prosedürel engeller ve işadami kararı ilkesi (karine) nedeniyle, özen yükümlülüğünün ihlal edildiğine dair iddiaların, genellikle, yargılamadan önce reddedildiği tespiti yapılmaktadır<sup>72</sup>. Yine bu nedenlerle işadami kararı ilkesinin, yöneticileri kişisel sorumluluktan koruduğu ve yönetim kurulu kararlarının yargısal denetimine karşı bir kalkan görevi gördüğü değerlendirilmesinde bulunmaktadır<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> “*Since the law cannot order directors to make correct decisions by fiat, it follows, in our view, that disinterested directors who act deliberately and in good faith should never be liable for resulting loss, no matter how stupid their decisions may seem ex post.*” Bu konuda bkz. **Allen/ Kraakman**, s. 243.

<sup>72</sup> **Johnson, Lyman, P.Q.**; Rethinking Judicial Review of Director Care, Delaware Journal Of Corporate Law, C. 24, 1999, (**Rethinking Judicial Review**), s. 792; **Allen/Kraakman**, s. 244; **Palmiter**, s. 246.

<sup>73</sup> **Palmiter**, s. 246.

## D. İlkenin Uygulanma Gerekçeleri

Amerikan hukukunda işadamı kararı ilkesinin varlığı ekonomik ve hukuki nedenlere dayandırılmaktadır.

Ekonomik dayanakları açıklanırken; risk alma ile gelişme ve büyümenin kaçınılmaz zorunlu birlikteliğinden bahsedildiği görülmektedir. Önemli teknolojik gelişmelerin, çok riskli görülen yatırımların hayata geçirilmesi ile sağlandığı belirtilmektedir. Başlangıçta çok riskli görünen inovatif bu yatırımlardan, katma değeri yüksek üretim faaliyetlerinin gerçekleşmesinin sağlandığı, bu yolla yatırım yapan şirket ve pay sahipleri yanında, toplamda toplumun kazançlı çıktığı ifade edilmektedir. Yine ekonomik değerlendirmede, global anlamda rekabette var olabilmenin de risk almakla mümkün olduğu vurgulanmaktadır. Bu nedenle de risk almanın korunması gerektiği bildirilmektedir<sup>74</sup>.

Doktrinde bildirilen hukuki gerekçeleri ise aşağıda yer verdiğimiz başlıklar altında toplamak mümkündür.

---

<sup>74</sup> **Guerrea-Martinez, Aurelio**; “Re-examining the law and economics of the business judgment rule: notes for its implementation in non-US jurisdictions”, *Journal of Corporate Law Studies*, 2018, Vol. 18 No. 2, s. 420-429; **Rosenberg, David**; “Supplying the Adverb: The Future of Corporate Risk-Taking and the Business Judgment Rule” 6 *Berkeley Bus. L.J.*, 2009 s. 221 - 225; **Sharfman, Bernard S.**; “The Importance of the Business Judgment Rule”, 14 *N.Y.U J.L. & Bus.* 27 (2017), (**Importance of the Business Judgment Rule**), s. 56 vd.

## 1. Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yöneticilerin Risk Alma Konusunda İstekli Olmalarını Sağlamaya Uygun Bir Yapı Oluşturmak

Hukuki gerekçelerden ilki, anonim şirketin temel amacının ortakların kâr maksimizasyonunun sağlanmasının olduğu kabulü etrafında bildirilen görüşlerdir<sup>75</sup>.

Yöneticilere verilen yönetim yetkisi, şirketin kayba uğraması ve kişisel olarak da bundan dolayı sorumlu tutulmak korkusu taşımaksızın, pay sahiplerinin uzun vadede kâr maksimizasyonlarının sağlanması amacıyla gerçekleştirilmek için risk almalarını gerektirir<sup>76</sup>.

Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için şirketin bir anlamda direksiyonunda oturan yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerine, şirketin kâr maksimizasyonunu sağlamak, başka bir ifade ile risk almak isteği konusunda gerekli koşulların sağlanması gereklidir<sup>77</sup>.

Bu hukuki gerekçe; şirketlerde pay sahiplerinin risk almak eğiliminde olduğu, şirket yönetim kurulu üyeleri ve şirket yöneticilerinin ise risk almak

---

<sup>75</sup> **Sharfman, Bernard S.**; Shareholder Wealth Maximization and Its Implementation under Corporate Law, 66 Florida Law Review 389, 2014, (**Wealth Maximization**) s. 408; **Gurrea-Martinez**, s. 422-423; Bu konuda Alman Hukuku çerçevesinde yapılan değerlendirmelerde, Amerikan Hukukuna ilişkin olarak yapılan tespitler için bkz. **Kirchner, Christian/ Painter, Richard W.**; “Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law”, <https://www.ssrn.com/abstract=247214> (erişim tarihi: 18.10.2020).

<sup>76</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 277.

<sup>77</sup> **Engert, Andreas/ Goldlücke, Susanne**; Why Agents Need Discretion: The Business Judgment Rule as Optimal Standard of Care, Mannheim Department of Economics Working Paper series, 13-04, 2014, s. 18; **Hamermesh, Lawrence A./ Strine, Jr. Leo E.**; Fiduciary Principles and Delaware Corporation Law: Searching For The Optimal Balance by Understanding That The World Is Not, Discussion Paper 937, 10/2017, Harvard Law School, Cambridge, s. 14.

eğiliminde olmadıkları varsayımını içerir<sup>78</sup>. Şirketler hukuku kapsamında pay sahipleri açısından şu hususlar risk almak eğiliminde davranmayı kolaylaştırır: 1. Sınırlı sorumluluk ilkesi (*limited liability*), 2. Sahip olunan şirket payı oranında şirketten kâr payı almak (kazanç sağlamak), 3. Yatırımlarında farklılaştırmaya/çeşitlendirmeye gitmek.

Bilindiği üzere sınırlı sorumluluk ilkesi<sup>79</sup>, anonim şirketlerde pay sahiplerinin sorumluluğunun sadece şirkete karşı ve koydukları sermaye ile sınırlı olması anlamını ifade eder<sup>80</sup>. Dolayısıyla şirket borçlarından dolayı, sadece şirket tüzel kişiliği sorumludur. Bu nedenle de şirket alacaklıları, şirketten olan alacakları için pay sahiplerine başvuramazlar. Bu da şirket pay sahiplerinin kişisel malvarlıklarının şirket alacaklılarına karşı korunması anlamına gelir (“*owner shielding*”)<sup>81</sup>. Buna karşılık pay sahipleri, şirketteki payları oranında şirket kârından almak hakkına sahiptirler. Dolayısıyla yatırımları karşılığı kazanç sağlarlar. Kazançlarını maksimize etmek için de, risk alınmasını isterler<sup>82</sup>. Pay sahipleri yatırımlarında çeşitlendirmeye giderek veya yatırımlarını farklılaştırarak<sup>83</sup> hem

---

<sup>78</sup> **Gurrea-Martinez**, s. 420-421.

<sup>79</sup> **Armour, John/ Hansmann, Henry/ Kraakman, Reinier/ Pargendler, Mariana**; “What is Corporate Rule”, *The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach*, 3. Edition, Oxford University Press, 2017, (**The Anatomy of Corporate Law**), s. 8-9.

Türk hukukunda ilke TTK m. 329 hükmünde düzenlenmiştir. Türk hukukunda sınırlı sorumluluk ilkesinin anonim şirketler açısından yapılan geniş açıklaması için bkz. **Okutan Nilsson, Gül**; *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri*, Ağustos 2003, İstanbul, (**Pay Sahipleri Sözleşmeleri**), s. 17-28; **Şehirali Çelik, Feyzan/ Kırca, İsmail/ Manavgat, Çağlar**; *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler*, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, 2013, s. 104 vd.

<sup>80</sup> **Armour/ Hansmann/ Kraakman/ Pargendler**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 9 vd.

<sup>81</sup> **Armour/ Hansmann/ Kraakman/ Pargendler**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 9.

<sup>82</sup> **Engert/ Goldlücke**, s. 18; **Easterbrook, Frank H./ Fischel, Daniel R.**; *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1991, (**The Economic Structure of Corporate Law**), s. 100 (“*No pain, no gain*”); **Hamermesh/Strine**, s. 13-14.

<sup>83</sup> “*There is a rule which implies both that the investor should diversify and that he should maximize expected return/ The rule states that the investor does (or should) diversify his funds among all those*

risklerini dağıtmış olurlar, hem de doğal olarak var olduğu kabul edilen risk alma çekincesinden (*natural risk aversion*) kendilerini kurtarmış olurlar<sup>84</sup>. Dolayısıyla pay sahipleri yatırımlarında çeşitliliğe giderek kendileri açısından riski azaltır ve en yüksek kazancı sağlamak beklentisi ile de şirketin riskli ama yüksek kazanç getirecek yatırımlara yönelmesini tercih ederler<sup>85</sup>.

Pay sahipleri açısından durum böyle iken; şirkette riskli kararları alacak, bunları hayata geçirecek ve uygulayacak yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler açısından durumun aynı olduğu söylenemeyecektir. Konuyu çok basitleştirmek gerekirse; şirket yapısı içinde her şey iyi ve yolunda ise kazanç sahibi olacak (şirket riskli ancak getirisi yüksek yatırımlar yapmış ve bunda da başarılı olmuşsa kazancını maksimize edecek) ve bu konuda istekli pay sahiplerinin varlığı yanında, riski taşıyacak ancak herhangi bir sorun olduğunda da hukuki süreçlere ve davalara muhatap olma olasılığı olan yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler söz konusudur. Bu nedenlerle de şirket yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerinin risk almak konusunda doğal olarak isteksiz olacakları varsayımı/kabulü vardır.

Doktrinde, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerinin risk almak konusunda isteksiz davranma nedenleri olarak bildirilen hususlara aşağıda yer verilmiştir. İfade edilmelidir ki; bu nedenler, aynı zamanda risk alma konusunda uygun koşulların yaratılması, başka bir ifade ile de özel sorumluluk rejimi benimsenmesinin de nedenleridir.

---

*securities which give maximum expected return.*” bkz. **Markowitz, Harry**; “Portfolio Selection”, The Journal of Finance, Vol. 7, No. 1 (Mar., 1952), pp. 77-91, s. 79; **Hamermesh/ Strine**, s. 13.

<sup>84</sup> **Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos**; “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, Econometrica, Vol. 47, No. 2 (Mar., 1979), pp. 263-291, s. 286-287, URL: <http://www.jstor.org/stable/1914185>, (erişim tarihi: 24.10.2020).

<sup>85</sup> **Armour, John/ Gordon Jeffrey N.**; “Systemic Harms and Shareholder Value”, The Journal of Legal Analysis, Volume 6, Issue 1, October 2014, ECGI Law Working Paper No. 222, Columbia Law and Economics Working Paper No. 452, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2307959](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2307959), (erişim tarihi: 24.10.2020).

## a. Yöneticilerin Kendi Kişisel İtibarları

Başarılı bir şirket yönetimi ve dolayısıyla kâr eden bir şirket düşünüldüğünde, şirketin kim veya kimler tarafından yönetildiği hususu önemlidir. Dolayısıyla şirketin iyi yönetilmesi ve başarısı için donanımlı, başarılı yöneticilere ihtiyaç vardır. Şirketin karlılığı için bu yöneticilerin, bilinmeyen bir gelecek için kararlar alması gereği vardır. Bilinmeyen bir gelecek için alınan kararlar doğası gereği risk içerirler. Hele bir de inovatif mal, hizmet üretimi veya yatırımı için kararlar alınıyorsa bu risk çok daha yüksektir. Donanımlı ve başarılı bu yöneticilerin, şirketin kârlılığını sağlamak amaçlı bilinmeyen bir gelecek için (dolayısıyla da standardize edilmesi zor) kararlar almasını bekleyip, ancak öngöremedikleri bir şey için sonuçlar ortaya çıktıktan sonra, *ex-post/hindsight bias* (sonuçlar öğrenildikten sonra, sonuçların kolayca öngörülebilir olduğu yanılgısına düşerek) bir değerlendirme ile, genel sorumluluk rejimine tabi tutularak, “ihmal” sebebiyle şirketin bütün zararından sorumlu kılındığını düşünelim. Bu durumda, yetenekli ve donanımlı bu insanların yöneticilik görevlerini yapmak istemeleri çok mümkün görünmemektedir.<sup>86</sup> Hukuki çerçevenin bu olduğu varsayımında bu görevleri kabul ediyorlarsa da, şirket için daha az kârlı ancak daha az risk içeren işlere yönelmeleri kaçınılmazdır<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> “*complex decisions ... may appear in hindsight to have been made improvidently*” and [c]ompetent persons would not serve as directors if such decisions could lead to liability under ordinary tort standards”, (*Resolution Trust Corp. v. Blasdel*, 930 F. Supp. 417, 423 (D. Ariz. 1994)). “As one federal court construing District of Columbia law has put it “To impose liability on directors for ... good-faith business decisions” that, “in hind-sight, were improvident,” “would effectively destroy the corporate system in this country, for no individuals would serve as officers”, Amerikan Federal Mahkemesinin vermiş olduğu bu kararın özeti için bkz. **Radin**, s. 30.

<sup>87</sup> **Johnson, Lyman P. Q.**; “Corporate Officers and the Business Judgment Rule The Modest Business Judgment Rule”, *The Business Lawyer*, C. 60, 2005, s. 455-456, (**Corporate Officers**); **Engert/ Goldlücke**, s. 5; **Bainbridge**, Abstention Doctrine, s. 29.

Yönetim kurulu üyeliği ve yöneticilik yapan kişiler genel olarak başarılı ve saygıdeğer kişilerdir<sup>88</sup>. Bu kişilerin kendi başarı grafiklerini, iş yaşamındaki repütasyonlarını (itibarlarını) korumaya çalışmaları çok tabidir. Hiç biri özen yükümlülüklerini yerine getirmedikleri gerekçesiyle açılan bir dava ile karşı karşıya kalmak arzusu taşımazlar<sup>89</sup>. Özellikle büyük şirketlerin yöneticileri düşünüldüğünde bu gerçeklik çok daha bariz olarak anlaşılabilir. Zira bu şirketlerin üst düzey yöneticilerinin kim olduğu, şirketin piyasa değerini etkileyebilecek düzeyde etkilidir. Bu koltuklardaki yer değiştirmeler veya görevlendirilmeler gazete haberlerine konu olacak düzeyde önemli olmakta, kendi sektörü içinde ve finans piyasalarınca yakından takip edilmektedir. Dolayısıyla bu tür görevleri yapan profesyonellerin kendi kişisel itibarları ve başarılarını korumak öncelikleridir demek çok abartılı bir söylem olmayacaktır.

Yöneticilik yapan profesyoneller için durumun böyle olduğu kabul edildiğinde, aynı profesyonellerin özen yükümlülüklerini kasıtlı/ bilinçli olarak ihlal etmeyeceğini de kabul etmek gereklidir<sup>90</sup>. Ya da başka bir ifadeyle özen yükümlülüğü kapsamı içinde işadamı ilkesi korumasının kabul edilmesinin gerisindeki mantık düşünüldüğünde, bu profesyonellerin özen yükümlülüğünü yerine getirmek konusunda kişisel motivasyonlarının olduğu söylenebilecektir. Yine aynı nedenlerle, bu kişilerin, gerekli hukuki çerçeveden oluşturulmadan risk almaktan doğal olarak çekinecekleri varsayımının da doğru bir varsayım olduğu kabul edilmelidir<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Bauman/ Palmiter/ Partnoy, s. 640.

<sup>89</sup> Bauman/ Palmiter/ Partnoy, s. 640.

<sup>90</sup> Bauman/ Palmiter/ Partnoy, s. 640.

<sup>91</sup> Gurrea-Martinez, s. 421.

## **b. Amerika Birleşik Devletlerinde Bu Tür Uyuşmazlıkların Yargıya Taşınma Olasılığının Yüksek Oluşu ve Mahkeme Kararlarındaki Yaptırımların Ağırlığı**

Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin risk almaktan çekindikleri yolundaki varsayımın ikinci ve belki en önemli nedeni, bu tür uyuşmazlıkların yargıya taşınma olasılığının yüksek oluşu<sup>92</sup> ve mahkemelerin hükmettiği tazminat miktarlarının yüksekliğidir. Sorumluluk kapsamında belirlenen tazminat miktarlarının korkutucu olarak niteleyebileceğimiz şekilde yüksek olduğu hususunun altını da özellikle çizmek gereklidir<sup>93</sup>.

Uyuşmazlıkların yargıya taşınma olasılığının yüksek oluşunun nedenlerini ise üç alt başlıkta toplamak mümkündür. Şöyle ki;

(1) Davalarda hükmedilen avukat ücretlerinin büyüklüğü sebebiyle, avukatların dava açılması konusunda müvekkillerini aktif olarak teşvik edici davranmaları<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> **Radin**, s. 24-25; Yazar, *business judgment rule* uygulamasını ilgilendiren dava sayısında neredeyse patlama yaşandığını ifade ederek bu konudaki tespitini Delaware Court of Chancery'nin Amerika'da bu konuda verilen mahkeme karar sayıları üzerine yaptığı araştırmada bildirdiği sonuçlar ile desteklemektedir. Araştırma sonuçlarına göre; (1943-1952) yılları arasında 16 adet rapor edilmiş mahkeme kararı; (1953-62) yılları arasında 25 rapor edilmiş mahkeme kararı; (1963-72) yılları arasında 28 mahkeme kararı; (1972-82) yılları arasında 156 mahkeme kararı; (1983-92) yılları arasında 620 mahkeme kararı. Yazar bu araştırmanın tamamlanmasından sonraki (1994-2008) yılları arasında, bu konuda verilmiş mahkeme karar sayısının 1650 olduğunu bildirmektedir.

<sup>93</sup> *Americas Mining Corp. v. Theriault* davasında Delaware Eyaleti Yüksek Mahkemesinin (The Supreme Court of State of Delaware) hükmettiği tazminat miktarının 2 milyar Amerikan Dolar (2 billion USD) olduğu anlaşılmaktadır, *Americas Mining Corp. v. Theriault* (Del. 2012), Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation.

<sup>94</sup> Bkz. **Spamann**, s. 356, Yazar, bu yoldaki görüşünü ifade ile, *Americas Mining Corp. v. Theriault* (Del. 2012) davasını örnek olarak göstermekte ve Delaware Mahkemesinin takdir ettiği avukatlık ücretinin 304 milyon Dolar (USD) olduğunu kaydetmektedir; Ayrıca bkz. **Marks, Stephen G.**; *The Separation Ownership and Control*, Boston University, pp. 692-724, s. 703.

(2) Dava açmak konusunda bir tek paya sahip olmanın yeterli olması. Pay sahibinin doğrudan zararları için (tek başına “*individually*” veya diğer pay sahipleri ile birlikte (“*class action*”) veya dolaylı zararları için (“*derivative action*”) şirket yöneticilerine karşı dava açmak haklarının olması<sup>95</sup>.

(3) Amerikan şirketlerinde kurumsal pay sahipliği oranının fazla oluşu. Kurumsal pay sahipleri azınlık paya sahip olsalar bile, dava açmak konusundaki süreçlere kolayca girmek ve bu süreçleri kolayca başlatmak konusunda (halihazırda avukatlarının olması vb. nedenlerle) fiili olanaklara sahiptirler<sup>96</sup>.

Kurumsal pay sahipliğinin yüksek oluşu ve bu yapının refleksleri nedeniyle, Amerikan anonim şirketlerinde daha güçlü bir azınlık pay sahipliğinin olduğu söylenmelidir.

Amerikan hukuku açısından bu perspektiften yapılacak bir değerlendirmede anonim şirket yapılarının özellikle paydaşlık durumu açısından da incelenmesi gereği vardır. Bu konu tezimiz kapsamını aşıyor olsa da çok genel tespitlerde bulunmanın gerekli olduğu kanaatindeyiz. Amerikan şirketlerinde pay sahipliği dağınıktır<sup>97</sup> ve pay sahipleri ellerinde tuttıkları paylarda çeşitliliğe giderek riski dağıtmaktadırlar. Dolayısıyla pay sahipleri kâr maksimizasyonunu sağlamak amacıyla şirketin risk alması, yeni ve kârlı yatırımlar yapması konusunda daha isteklidirler<sup>98</sup>. Burada belirtmelidir ki; Türk anonim şirketleri çoğunluk pay

---

<sup>95</sup> Radin, s. 12

<sup>96</sup> Gurrea-Martinez, s. 435.

<sup>97</sup> Armour/ Hansmann/ Kraakman/ Pargendler, The Anatomy of Corporate Law, s. 25-26.

<sup>98</sup> Allen/ Kraakman, s. 247; *Gagliardi v. Trifoods International, Inc.*, 683 A.2d 1049 (Delaware Ch. 1996) kararında Vice Chancellor Allen’in sözleri şu şekildedir: “...Shareholders can diversify the risks of their corporate investments. Thus, it is in their economic interest for the corporation to accept in rank order all positive net present value investment projects available to the corporation,

sahiplerinin/ hakim ortakların varlığı ile Amerikan anonim şirketlerinden farklılık arz etmektedir. Hakim pay sahipliğinin söz konusu olduğu şirketlerde, benzer şekilde aile şirketlerinde, pay sahiplerinin risk almak konusunda daha isteksiz olmaları muhtemeldir<sup>99</sup>. Yine bu şirketlerde sorumluluk davaları açılma olasılığı daha düşüktür<sup>100</sup>. Bu açıdan yapılacak değerlendirmede Türk anonim şirketlerinin de Amerikan şirketlerinden farklı olarak, hakim pay sahipliği oranının fazlalığı, aile şirketi yapısındaki şirketlerin fazlalığı ile ayrıldığını söylemek gereklidir<sup>101</sup>.

---

*starting with the highest risk adjusted rate of return first. Shareholders don't want (or shouldn't rationally want) directors to be risk averse..."*

<sup>99</sup> **Boubaker, Sabri/ Nguyen, Pascal/ Rouatbi, Wael**; Multiple large shareholders and corporate risk taking: Evidence from French family firms, s. 6-27, <https://ssrn.com/abstract=2708280>, (erişim tarihi: 16.10.2021).

<sup>100</sup> Bu hususta Amerikan Hukuku ve Almanya Hukuku karşılaştırmalı olarak yapılan inceleme ve değerlendirme için bkz. **Jarusevicius, Justinas**; "Business Judgment Rule – Comparative Analysis between United States and Germany LL.M Long Paper, (Supervisor: Mark Roe), Harvard Law School, May 2016, Cambridge, s. 48-49 (Yazar, Almanya'da kurulu anonim şirketlerin Amerika'da kurulu anonim şirketlerden farklı olarak hakim paysahipli şirket yapısının çokluğu ve bunlar tarafından yönetildiğini ifade ile, *business judgment rule* uygulaması açısından değerlendirmelerde bulunmaktadır.); Almanya konusundaki benzer değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Gurrea-Martinez**, s. 425-426; Amerika ve Avrupa'da kurulu anonim şirketlerin pay sahipliği yapısı açısından taşıdığı farklılık ve bunun olası sonuçları açısından değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Coffee, John C.** : The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and Its Implications, *Northwestern University Law Review*, C. 93, S.3, 1999, s. 643 vd.

<sup>101</sup> Demirağ/ Serter, Türkiye üzerine yaptıkları araştırmada, payları borsada işlem gören halka açık şirketlerin %70 oranındaki bölümünün hakim pay sahibinin bir aile olduğu şirketlerden oluştuğunu bildirmektedirler. Bu araştırma için bkz. **Demirağ, İstemi/ Serter, Mehmet**; Ownership Patterns and Control in Turkish Listed Companies, *Corporate Governance An International Review*, January 2003, C. 11, No: 1, s. 48-49; benzer görüş için bkz. **Şehirli Çelik/ Kırca/ Manavgat**, s. 226.

## 2. Kararların Ex-post/Hindsight Bias Bakış Açısı (Geriye Dönük Bakış Açısı) İle Değerlendirilmesi

Hukuki gerekçelerden ikincisi, *Ex-post/Hindsight Bias*<sup>102</sup> bakış açısı ile işadamı kararlarının yargısal incelemeye tabi tutulmasının yargısal hatalara açık olduğu yolundaki görüşlerdir<sup>103</sup>.

Bu kapsamda bildirilen görüşlerde; yönetim kurulu üyelerinin, sonuçlarının tam olarak öngörülmesi mümkün olmayan belirsiz bir gelecek için karar aldığı ve iş gördüğü tespiti yapılmaktadır<sup>104</sup>. Dolayısıyla da geleceğe dönük ve sonuçlarının tam olarak bilinmesi olanağı olmayan bir kararın, sonuçlar öğrenildikten sonra hakimler tarafından değerlendirilmesinin adil olmayan sonuçlar doğurmaya, yargısal hatalara açık olduğu ifade edilmektedir. Oysa kararın sonuçlarından bağımsız olarak, alındığı tarihteki mevcut durum ve koşulların dikkate alınması suretiyle yapılacak bir değerlendirmenin hakkaniyete daha uygun olduğu açıktır. Sonuçlar öğrenildikten sonra, geriye dönük bir bakış açısı ile yapılacak bir değerlendirmenin ise, insan psikolojisi gereği, o günden bugünün kolayca öngörülebileceği yanılığını yaratabilmesi muhtemeldir. Yargının da bu yanılığın uzak kalması düşünülemez. Dolayısıyla bu tür bir değerlendirmenin yargısal hatalara da açık olduğunu söylemek mümkündür. Yine bu yoldaki görüşlerde;

---

<sup>102</sup> Sonuçlar öğrenildikten sonra, sonuçların kolayca öngörülebilir olduğu yanılığı olarak tanımlanabilecek “*hindsight bias*” kavramı ve bu konuda yapılan değerlendirmeler için bkz. **Rachlinski, Jeffrey J.**; “A Positive Psychological Theory of Judging Hindsight”, 65 U. Chi.L. Rev., 571, Spring 1998; bu konuda Alman ve İsviçre hukuku çerçevesinde yapılan inceleme için bkz. **Pulaşlı, Hasan**; “Yönetim Kurulu İşadamı Kararının (Business Judgment Rule) Yargı Denetimine Tabi Tutulmaması Gerektiğine İlişkin Paradigma: Geriye Bakış Hatası (Rückschaufehler – Hindsight Bias)”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, (**Geriye Bakış Hatası**), Ankara, 2019, s. 25-33.

<sup>103</sup> **Eisenberg**, The Divergence of Standards, s. 437; **Allen/ Kraakman**, s. 240; **Gurrea-Martinez**, s. 423-424; **Rosenberg**, s. 223. Bu konuda Türk hukukunda benzer görüş için bkz. **Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat**, s. 659- 660.

<sup>104</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 275.

hakimlerin ticari iş ve ticaret yaşamının işleyişine yabancı oldukları<sup>105</sup> ve çok yoğun müdahalelerine izin verilmesinin olumsuz sonuçları olacağı da bildirilmektedir.

Bu yoldaki görüşlerin kimi yazarlarca, malpraktis (*malpractice*) davaları<sup>106</sup> örnek gösterilerek eleştirildiği ve eksik olduğunun ifade edildiği de görülmektedir<sup>107</sup>. Ancak, belirtmek gereklidir ki bu eleştiriler, yargıçların, *ex post/ hindsight bias* bakış açısı ile yaptıkları değerlendirmelerin yargısal hatalara açık olmadığını içeren görüşler değildir. Bu konuda görüş bildiren yazarlar, yargıçların, *ex post/ hindsight bias* bakış açısı ile yaptıkları değerlendirmelerin yargısal hatalara açık olduğu konusunda hemfikirdirler. Ancak, bu hukuki gerekçenin işadami kararı ilkesinin varlığını açıklamak konusunda yetersiz kaldığı yolundaki görüşlerini, malpraktis davalarında da benzer hususların varlığına işaret ederek savunmaktadırlar<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Mahkemelerin de ticari iş ve ticaret yaşamına yabancı oldukları görüşünü paylaştıkları anlaşılmaktadır. *Kamin v. American Express Co.* kararında mahkeme; yönetim kurulu odasının, kar, piyasa fiyatları, rekabet veya vergi avantajları olabilecek ticari soruları çözmek için mahkeme salonundan daha uygun bir yer olduğu ifadesine yer vermiştir. “*The directors’ room rather than the courtroom is the appropriate forum for trashing out purely business questions which will have an impact of on profits, market prices, competitive situations, or tax advantages*”, Bkz. *Kamin v. Am. Express Co.* - 86 Misc. 2d 809, 383 N.Y.S.2d 807 (Sup. Ct. 1976). Bu konuda ayrıca bkz. **Bainbridge**, Abstention Doctrine, s. 37 vd; **Johnson**, Corporate Officers, s. 456-457.

<sup>106</sup> Malpraktis davaları, (“*malpractice*”) profesyonel (“*professional*”) olarak nitelenen, belli bir alanda uzmanlık gerektiren meslek sahiplerinin, mesleklerinin icrası sırasında ihmal veya kusurları sebebiyle vermiş oldukları zararın tazmini için açılan hukuki sorumluluk davalarını ifade etmek için kullanılan genel bir kavramdır. Hukukçular aleyhine açılan hukuki sorumluluk davaları için “*legal malpractice*”, tıp doktorları aleyhine açılan hukuki sorumluluk davaları için ise “*medical malpractice*” kavramları kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. **Garner**, Black’s Law Dictionary, s. 978; Bu konuda ayrıca bkz. **Eisenberg**, The Duty of Care, s. 947-948.

<sup>107</sup> **Easterbrook/ Fischel**, The Economic Structure of Corporate Law., s. 94; **Bainbridge**, Abstention Doctrine, s. 40; **Gurrea-Martinez**, s. 430.

<sup>108</sup> Bir yargıç teknik sorunların varlığı nedeniyle olduğu iddia edilen bir uçak kazası sebebiyle açılan tazminat davasında değerlendirme yapıp karar verebilmektedir. Yargıcın muhtemelen uçak mühendisliğinde herhangi bir uzmanlığı yoktur. Ayrıca, geriye dönük bakış açısı ile karar vermek

Kanaatimizce bu konuda getirilen eleştirilere cevaben ileri sürülen en doğru karşı argüman, işadami kararı olarak nitelenen kararların, ileriye dönük unsurları düşünmeyi içerdiği, bu yanıyla da sui *generis* olduğu, standardizasyonun olmadığı yolundaki görüşlerdir<sup>109</sup>. Özellikle teknoloji şirketlerinde; şirketin faaliyetlerini sürdürmesi, büyümesi, yatırımlarını genişletmesi, yenilikçi ve verildiği an itibariyle geleceğe dönük, kesinliği olmayan bir takım unsurlar içerir<sup>110</sup>. Hatta kabul edilmelidir ki, bu şirketlerin varlığı var olmayanı düşünüp bunları hayata geçirmekle ilgilidir. Biraz daha geniş bir çerçeve içinde konuya bakılırsa teknoloji şirketlerinin, katma değeri yüksek<sup>111</sup>, inovatif üretim ve faaliyetleri, klasik anlamda mal üreten ve/veya hizmet sunan şirketlerin faaliyetlerini ve varlıklarını sürdürme biçimlerini de değiştirmiştir. Dolayısıyla özellikle günümüzün büyük çaplı şirketlerinin iş yaşamına ilişkin kararlarının içeriklerinin uygunluğunun

---

zorundadır. Başka bir ifade ile bu sorunlar, bir mahkemenin karar vermesi gereken hemen hemen her davada mevcut olabilir. Bu nedenle, bu argüman işadami kararı ilkesinin uygulanmasının gerisindeki hukuki nedeni açıklamak konusunda yeterince güçlü bir argüman değildir. Bu görüş ve açıklamalar için bkz. Bkz. **Gurrea-Martinez**, s. 429-430; benzer görüş için bkz. **Bainbridge**, Abstention Doctrine, s. 39-40.

<sup>109</sup> **Spamann**, s. 357; **Armour/ Hansmann/ Kraakman/ Pargendler**, The Anatomy of Corporate Law, s. 69.

<sup>110</sup> “*Business decisions seem more idiosyncratic than the vast majority of, e.g., medical decisions. This is particularly true for the largest businesses—there are not many companies facing the same strategic choices as, say, Google. And even if there are hundreds doing the same thing (e.g., an acquisition), there are usually thousands doing something else, and the reasons for doing one or the other are at best poorly understood. More to the point, the reasons are not understood in the abstract, but believed to be partially accessible to decision-makers on the ground (usually after very extensive preparation), which may not be easily communicated in court. In part, this is because much success in business requires innovation, for which by definition there is no suitable comparison. As a consequence, business expert witnesses cannot support judicial evaluations nearly as well as medical expert witnesses.*” Bkz. **Spamann**, s. 357.

<sup>111</sup> Bu konuda Forbes’in şirketlerin yıllık net karına göre yaptığı ilk 500 sıralaması için bkz. [https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_largest\\_companies\\_in\\_the\\_United\\_States\\_by\\_revenue#List\\_of\\_companies\\_by\\_profit](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_largest_companies_in_the_United_States_by_revenue#List_of_companies_by_profit).

denetlenmesi, değerlendirmeye esas alınacak standartların oluşturulması çok da m¼mk¼n g¼r¼nmemektedir.

Amerikan hukukunda, y¼netim kurulu ¼yelerinin ve y¼neticilerinin sorumluluğunda izlenen hukuki rejim ile medikal malpraktis davalarında izlenen hukuki rejimin niçin farklı olduğu ¼zeline inceleme ve değerlendirme yapan yazarlar<sup>112</sup>, ihmal veya kusurun (*failure*) iş hayatında kabul edilebileceğini ancak, tıbbi uygulamalar için aynı Şeyi s¼ylemenin m¼mk¼n olmadığını ifade ederler. İşadamı kararındaki hatalar sadece ekonomik kayıplara neden olabilir. Üstelik iş hayatında risk almak sadece beklenen bir Şey değil, aynı zamanda teşvik edilen ve edilmesi gereken bir Őeydir<sup>113</sup>. Ancak aynı Şey sağlık alanında s¼ylenemez. Tıbbi uygulama yapılan insanlar, g¼n¼ll¼ olarak sağlık riski almazlar, riski almak zorunda kalırlar. Ayrıca tıbbi uygulama hataları, ¼l¼m dahil olumsuz yaşamsal sonuçlara neden olabilir. Bu nedenle hukuk, iş hayatından farklı olarak tıbbi uygulamalarda risk alınmasını teşvik etmek istemez<sup>114</sup>.

Kanaatimizce bu konuda ileri s¼r¼len en ¼nemli gerekçelerden bir diğeri; Şirket y¼neticileri için belli koşullarda y¼neticilerin ne yapacağına ilişkin standartları belirleyen, alacakları kararın içeriği konusunda takip edebilecekleri standardize edilmiş bir rehber veya protokol¼n olmadığıdır<sup>115</sup>. Oysa tıp, dolayısıyla

---

<sup>112</sup> **Arkes, Hal R. / Cindy A. Schipani**; “Medical Malpractice v. the Business Judgement Rule: Differences in Hindsight Bias”, Oregon Law Review, Vol. 73, No. 3, Fall 1994, s. 587-683; **Conference Panel Discussion**, (Panelists: **Richard M. Buxbaum, Harvey J. Goldschmid, P. John Kozyris, Phillip C. Sorensen, Tamar Frankel, Robert W. Hamilton, Alan Schwarz, James M. Tobin**), Ohio State Law Journal, Vol. 45: 615, 1984, s. 629-653.

<sup>113</sup> **Conference Panel Discussion**, Panelist: **Goldschmid**, s. 650-651.

<sup>114</sup> **Arkes/ Schipani**, s. 623; Yazarların makalelerindeki g¼r¼řlerinin eleştirisi için bkz. **O’Connell, Jeffrey/ Andrew S. Boutros**; “Treating Medical Malpractice Claims under a Variant of the Business Judgment Rule” Notre Dame Law Review, Vol. 77, No. 2, February 2002, s. 373-486.

<sup>115</sup> **Eisenberg**, The Duty of Care, s. 963-964.

sağlık alanı bilime dayalıdır<sup>116</sup>. Hasta teşhis ve tedavisinde kabul edilmiş tanı ve tedavi protokolleri vardır<sup>117</sup>. Dolayısıyla olası bir davada, bilirkişilerin değerlendirme yapabileceği, bilimin geldiği noktada belirlenmiş standartlar vardır. Oysa iş yaşamında yöneticiler çoğunluğu öngörü ve tahmine dayalı çok geniş bir alanı mantıklı kararlar vererek idare etmeye çalışırlar<sup>118</sup>. Nitekim, bu nedenlerle mahkemelerin, işadamları kararlarının yerindeliğini değerlendirmek konusunda yetkin olmadığı ve kararın içeriğinin nasıl olması gerektiği yolunda bir değerlendirme yapmaktan kaçınması gerektiği ifade edilir<sup>119</sup>.

Bu konuda yapılan çarpıcı bir başka değerlendirmede; Amerika Birleşik Devletler Başkanının belirli bir ülkeye asker göndermesi veya göndermemesi veya bir Amerikan Kongre üyesinin oy verdiği yanlış kararı için dava açılmayacağı belirtilerek, ticari karar sürecinin siyasi karar süreci ile karşılaştırmasının yapılmasının daha doğru bir yaklaşım olduğu belirtilir. Bu tür siyasi karar süreçleri için yasal bir dokunulmazlık sağlandığı, işadamları kararının da sadece başka bir dokunulmazlık olduğu değerlendirilmesinin yapılabileceği ifade edilir. Ancak yazar, bunun bir dokunulmazlık olduğunu düşünmediğini, bununla birlikte, karşılaştırma ya da benzerliklerin, bir cerrahın ameliyat uygulamasının değerlendirmesi sürecinden çok, politik karar süreçleriyle benzerlikler taşıdığı ve karşılaştırmanın bu süreçlerle yapılmasının daha doğru bir yaklaşım olduğunu bildirir<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> Arkes/ Schipani, s. 627.

<sup>117</sup> Yazarlar, American Medical Association the American College of Physicians ve Council of Medical Specialty Societies'in tıbbi müdahalelerde kabul ettiği bir dizi standartlar olduğunu söyler. Bunlardan en öne çıkanın *Public Health Service (National Institute of Health)* ve *Health Care Financing Administration*'in onayladığı tedavi protokolleri olduğunu bildirir. Bu konuda bkz. Arkes/ Schipani, s. 625.

<sup>118</sup> Arkes/ Schipani, s. 626; **Conference Panel Discussion**, Panelist: **Goldschmid**, s. 650.

<sup>119</sup> Arkes/ Schipani, s. 620- 621.

<sup>120</sup> "Do we sue the President of the United States in the U.S. District Court because he decides to send troops to "x" or not to send troops to "x"? Do we do the same thing to the Governor of California or the Governor of Ohio, to a representative in Congress because she applied the wrong judgment in voting? The answer is that in a lot of processes we immunize, and the business judgment

### 3. Kuralın, Anonim Şirketlerde “Menfaatler Sorunu” Perspektifinden Riskle İlişkili Menfaat Çatışmasına Çözüm Getirmek İşlevi

Hukuki gerekçelerden üçüncüsü, ilkenin anonim şirketlerde “menfaatler sorunu” perspektifinden riskle ilişkili menfaat çatışmasına çözüm getirmek işlevi olarak açıklanabilir<sup>121</sup>. Bu konuda yapacağımız açıklamalara geçmeden önce Amerikan hukukunda menfaat çatışması sorununun nasıl ele alındığı konusunda genel bir çerçeve çizmek konunun daha anlaşılır olmasına katkı sağlayacaktır. Bu amaçla Amerikan hukukunda konunun esaslı noktaları, iki alt başlıkta ele alınmış ve incelenmiştir: Menfaat çatışması açısından hukukun ekonomik analizi yaklaşımı ve asil-vekil problemi ve Amerikan şirketler hukukunda, şirketin temel amacının pay sahiplerinin kâr maksimizasyonunun sağlanması olduğu esası<sup>122</sup> (“*Shareholder Primacy*”<sup>123</sup>). Konunun esaslı noktaları konusundaki açıklamalardan sonra, risk

---

*rule is an immunity. That would be the place where I would start with my criticism, although it will be rather moderate, of the ALI and ABA projects. I don't think they really recognize that the business judgment rule is a rule of immunity or privilege. I think once we recognize that the real analogy is with the political process on some of these judgment questions, rather than whether the surgeon operates too deeply, we will be way ahead.” Conference Panel Discussion, Panelist: Shipman, s. 650.*

<sup>121</sup> **Armour/ Enriques/ Hansmann/ Kraakman**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 49; **Allen/ Kraakman**, s. 231-232.

<sup>122</sup> “*The standard model of shareholder primacy has always been the dominant legal model in the two jurisdictions where the choice of models might matter most: the US and UK*” Bkz. **Hansmann, Henry/ Kraakman, Reinier**; “*The End of History For Corporate Law*”, Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Discussion Paper No.280, January 2000, (**The End Of History**), s. 32., [http://ssrn.com/abstract - id204528](http://ssrn.com/abstract-id204528), (erişim tarihi: 19.12.2019).

<sup>123</sup> İlke, anonim şirketin temel amacının pay sahibinin kazancının maksimize edilmesi olduğunu ifade için kullanılmaktadır. “*It is sometimes said that the goals of core corporate law should be even narrower. In particular, it is sometimes said that the appropriate role of corporate law is simply to assure that the corporation serves the best interests of its shareholders or, more specifically, to maximize financial returns to shareholders...*”, Bkz. **Armour/ Enriques/ Hansmann/ Kraakman**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 23.

alınması konusunda pay sahipleri ile yöneticiler arasındaki menfaat çatışması ve işadamı kararının buradaki işlevine yer verilmiştir.

#### **a. Menfaat Çatışması Açısından Hukukun Ekonomik Analizi Yaklaşımı ve Asil-Vekil Problemi**

Amerikan şirketler hukukunda, hukukun ekonomik analizi yaklaşımının etkili olduğu söylenmelidir. Bu yaklaşımda; ekonomi biliminin, hukuk kurallarının yaratacağı gerçek etkinin tahmin edilebilmesinde bir araç sağladığı kabul edilir<sup>124</sup>. Hukuk kurallarının belirlenmesinde, ekonomi biliminin sunduğu bu etki tahmini ve çözümlemesinden yararlanır. Dolayısıyla yasal düzenlemelerin, en iyi şekilde analiz edilmesi ve değerlendirmesinin yapılmasının da standart ekonomik ilkeler ışığında incelenmesi ile mümkün olacağı ifade edilir<sup>125</sup>.

Bu perspektifte; ekonomi biliminin kabul ettiği varsayımlardan birisi, ilişki içindeki taraflardan her birinin kendi menfaatini maksimize etmek amacıyla hareket edeceği olgusudur<sup>126</sup>. Bu varsayımdan hareketle, pay sahipleri ve yöneticiler şirket

---

*“There is no any serious competitor to the view that corporate law should principally strive to increase long-term shareholder value”*, Bkz. **Hanssman/ Kraakman**, The End Of History, s. 1.

<sup>124</sup> **Kaplow, L/ Shavell, S.**; Economic Analysis of Law, Harvard Law School John M. Olin Center For Law, Economics and Business Discussion Paper Series, No. 251, 1999, s. 3; **Posner, R. A.**; Economic Analysis of Law, USA, 2007, s. 26 vd.

<sup>125</sup> Bu konuda bkz. **Kornhauser, L. A.**; A Guide to Perlexed Claims of Efficiency in the Law, Hofstra Law Review, C. 8, 1980, s. 635, 636 ; **Hermann, Donald H. J.**; Review of “Economic Analysis of Law” by Richard A. Posner, Washington University of Law Review, Volume 1974, Issue 2, s. 357 ; **Kaplow, L.**; “Rules versus Standards: An Economic Analysis”, Duke Law Journal, C. 42, 1992, s. 557 vd. ; **Jolls, Christine/ Sunstein, Cass R./ Thaler, Richard**; “A Behavioral Approach to Law and Economics”, Stanford Law Review, Vol. 50, 1998, <http://ssrn.com/abstract=ssrn-id2292029>, s. 1476, (erişim tarihi: 11.02.2021).

<sup>126</sup> **Kornhauser**, s. 635-636; **Hermann**, s. 357; **Kaplow/ Shavell**, s. 3 vd.; **Jolls / Sunstein/ Thaler**, s. 1476.

içindeki farklı menfaat grupları olarak nitelendirilmektedir<sup>127</sup>. Her bir menfaat grubunun kendi menfaatini maksimize etmeye çalışacağı olgusundan hareketle de bir menfaat çatışmasının varlığından söz edilmektedir<sup>128</sup>. Konu bu perspektiften ele alındığında, pay sahipleri ve şirket yöneticileri arasında olduğu kabul edilen menfaat çatışmasının hukuki çerçevesini çizmek ve işadami kararı ilkesinin işlevini de bu çerçevede değerlendirmek gereklidir.

Öncelikle söylenmelidir ki, şirketler hukuku açısından, şirketlerde menfaat grupları<sup>129</sup> ve bunlar arasındaki çatışmaların varlığının tespiti ve analizi teorik bir tartışma üretmek amacı taşımaz. Bu yoldaki tespit ve analizler menfaat çatışmalarını önlemeye veya dengelemeye yönelik hukuki çerçevelerin oluşturulmasını sağlamaya imkan tanır.

Şirketlerde menfaat grupları ve bunlar arasındaki menfaat çatışmalarının varlığı “*agency problems*” olarak anılmaktadır<sup>130</sup>. Bu çatışmaların tümü,

---

<sup>127</sup> **Armour/ Enriques/ Hansmann/ Kraakman**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 29.

<sup>128</sup> **Armour/ Enriques/ Hansmann/ Kraakman**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 29-30.

<sup>129</sup> Türk hukukundaki düzenlemeler ve konuyla ilgili eserler incelendiğinde farklı çeviri tercihlerinin yapıldığı görülmektedir. Sermaye Piyasası Kurulu’nun II. 17.1 sayılı Kurumsal Yönetim İlkeleri Tebliği’nde “menfaat sahipleri” ifadesi kullanılmaktadır. Doktrinde; “çıkar grupları” olarak kullanımı için bkz. **Şehirli Çelik/ Kırcı/ Manavgat**, s. 246- 251; “ilgililer” olarak kullanımı için bkz. **Tekinalp, Ünal**; Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim – Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, 2013, (**Yeni Hukuk Politikaları**), s. 229; “ilgili menfaat sahipleri” olarak kullanımı için bkz. **Özdemir**, s. 26. Çalışmamızda, konunun teorik olması ve bu nedenle de genelleme yapmak gerektiği hususu dikkate alınarak, “menfaat grupları” olarak çevirisi ve kullanımı tercih edilmiştir.

<sup>130</sup> Öğretide, şirketler hukukunun üç temel vekalet problemi veya diğer bir ifadeyle menfaat çatışmasını (“*agency problems*”) ele alması gerektiği bildirilir. Bunlar: yöneticiler ve pay sahipleri arasındaki menfaat çatışması, kontrol eden pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki menfaat çatışması, pay sahipleri ile pay sahibi olmayan diğer tüm menfaat sahipleri (“*non-shareholder constituencies*”) arasındaki menfaat çatışması. Bu konuda geniş açıklama için bkz. **Armour/ Enriques/ Hansmann/ Kraakman**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 29 vd.

ekonomistlerin vekalet sorunları (“*agency problems*”) veya asil - vekil (*principal-agent*) problemleri olarak adlandırdıkları karaktere sahiptir<sup>131</sup>. Şirket yapılanması içinde; pay sahipleri, vekalet edilen (*principal*), yöneticiler ise vekil (*agent*) olarak nitelenmektedir. Bu ilişkide pay sahiplerinin vekili konumundaki yöneticilerin, vekalet ilişkisi gereği, pay sahiplerinin menfaatlerini gözeterek hareket etmesi gerekir. Ancak yukarıda da işaret ettiğimiz üzere ekonomik temelli bir yaklaşımla ilişki içindeki taraflardan her birinin kendi menfaatini en yüksek düzeyde sağlamak amacıyla hareket edeceği varsayılır<sup>132</sup>. Bu varsayım gereği de yöneticilerin kendi çıkarları doğrultusunda hareket edebilecekleri kabul edilir<sup>133</sup>. Yöneticilerin kendi çıkarları doğrultusunda hareket etme olasılıklarının varlığı, bunun önlenmesine ilişkin hukuki stratejilerin belirlenmesi ve bu yoldaki düzenlemelerin yapılmasının temel nedenidir<sup>134</sup>.

“*Agency problem*”, ya da “*agency conflict*” olarak anılan bu menfaat çatışmasının önlenmesinde pay sahibinin ekonomik çıkarlarının maksimize edilmesi (“*shareholder primacy*”) esastan hareket edilmektedir. “*Fiduciary duty*” olarak ifade edilen özen ve bağıllık yükümlülüğü ise, menfaat çatışmalarını önlemeye yönelik yasal sınırlamalar kapsamında ele alınmaktadır<sup>135</sup>. Şirketler

---

<sup>131</sup> Bu konuda bkz. **Armour/ Enriques/ Hansmann/ Kraakman**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 29. Şirket yöneticileri ile şirket ve pay sahipleri arasındaki ilişkinin 19. yüzyıl başlarına değin, mahkemeler tarafından; bazen “*agent*” (temsilci/vekil), bazen “*trustee*” (yediemin) olarak nitelendiği bazen aynı ilişkiyi ifade için birlikte kullanılmış olduğu kaydedilmektedir. Ancak, 19. yüzyıl başlarında, teknik anlamda “*agent*” ya da “*trustee*” kavramının bu ilişkiyi tam olarak ifade etmediğinin mahkemeler ve doktrinde yazarlar tarafından kabul edildiği ve ilişkinin “*distinct legal relationship*” olarak tanımlanması gerektiğinin bildirildiği ifade edilmektedir. Bu konuda bkz., s. **McMurray, Marcia M.**; *An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule*, *Vanderbilt Law Review*, C. 40, S. 3, 1987, s. 605- 606.

<sup>132</sup> **Kornhauser**, s. 635- 636; **Hermann**, s. 357; **Jolls/ Sunstein/ Thaler**, s. 1476.

<sup>133</sup> “*As a consequence, the agent has an incentive to act opportunistically*”, bu konuda bkz. **Armour/ Enriques/ Hansmann/ Kraakman**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 29.

<sup>134</sup> **Armour/ Enriques/ Hansmann/ Kraakman**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 49 vd.

<sup>135</sup> **Armour/ Enriques/ Hansmann/ Kraakman**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 69-71.

hukukunda özen ve bağlılık yükümlüğünü inceleyen kimi yazarlar tarafından, yöneticilerin özen ve sadakat yükümlülüğünün, vekilin (*agent*) doğrudan gözetlenmesi ve denetimine (*monitoring*) bir alternatif olduğu değerlendirilmesi de yapılmaktadır<sup>136</sup>.

## **b. Amerikan Şirketler Hukukunda, Şirketin Temel Amacının Pay Sahiplerinin Kâr Maksimizasyonunun Sağlanması Olduğu Esası (“Shareholder Primacy”)**

*Shareholder Primacy*<sup>137</sup>, Amerikan şirketler hukuku doktrini ve mahkemeleri tarafından<sup>138</sup> esas kabul edilen bir ilkedir<sup>139</sup>. İlkenin 1930’lu yıllarda Berle<sup>140</sup> ve Dodd<sup>141</sup> arasında anonim şirketlerin temel amacına yönelik fikir

---

<sup>136</sup> “*The fiduciary principle is alternative to direct monitoring*”, bu konuda bkz. **Easterbrook, Frank H./ Fischel, Daniel R.**; “Corporate Control Transactions”, *The Yale Law Journal*, Vol. 91, 1982, s. 699-702; **Easterbrook/ Fischel**, *The Economic Structure of Corporate Law*, s. 92- 93; **Sitkoff, Robert**; *The Economic Structure of Fiduciary Law*, Discussion Paper No.689, 3/2011, Harvard law School, Cambridge, s. 1043-1044.

<sup>137</sup> Kanaatimizce, ilkenin “Pay sahibinin Önceliği” olarak Türkçeye çevrilmesi mümkündür.

<sup>138</sup> **Smith Gordon D.**; “The Shareholder Primacy Norm”, *Journal of Corporation, Law* 23, No.2, Winter -1998, pp. 277-324, (**Primacy Norm**), s. 306-308; **Bratton/ Watcher**, *Shareholder Primacy*, s. 109

<sup>139</sup> “*shareholder wealth maximization is usually accepted as the appropriate goal in American business circles*” bu konuda bkz. **Roe, Mark J.**; *Shareholder Wealth Maximization Norm and Industrial Organization*, 149 *University of Pennsylvania Law Review*, 2001, (**Shareholder Wealth Maximization**), pp. 2063-2079, <http://ssrn.com/abstract=282703>, s. 2064-2065, (erişim tarihi: 14.02.2020); **Hansman/ Kraakman**, *The End Of History*, s. 439.

<sup>140</sup> **Berle, Adolf A. Jr.**; “Corporate Powers as Powers in Trust”, *Harvard Law Review*, Vol. 44, No. 7, (May, 1931), s. 1049-1074. (**Berle**)

<sup>141</sup> **Dodd, Merrick E. Jr.**; “For Whom Are Corporate Managers Trustees?”, *Harvard Law Review*, vol. 45, No. 7, (May, 1932), pp.1145-1163. Berle, şirket yöneticilerini pay sahiplerinin güvenilir kişileri olarak tanımlayıp, pay sahiplerinin menfaatlerini maksimize etmeleri gerektiğini savunurken Dodd, yöneticilerin pay sahiplerinin değil, şirketin temsilcisi ve güvenilir kişileri olduğunu söyler. Dolayısıyla da tüzel kişiliği olan anonim şirketin toplumsal sorumlulukları da olduğu değerlendirmesini yaparak, şirket yönetiminin sadece pay sahiplerinin menfaatlerine odaklanmak

tartışmalarına<sup>142</sup> ve nihayetinde Berle ve Means tarafından 1932 yılında yayınlanan “*In the Modern Corporation and Private Property*”<sup>143</sup> adlı kitaptaki görüşlere dayandığı anlaşılmaktadır. Berle’nin görüşlerinin Amerikan şirketler hukukunda etkisi ve genel kabul görmesi ile bu tartışmaların kazananı olduğu bildirilmektedir<sup>144</sup>. Berle’nin görüşlerine dayandığı için de ilkenin büyükbabası Berle olarak bilinmektedir<sup>145</sup>.

Berle ve Means, *In the Modern Corporation and Private Property*<sup>146</sup> adlı eserlerinde, anonim şirketlerde pay sahipleri ile şirket arasındaki ilişkiyi özel mülkiyet hakları perspektifinden (*ownership*<sup>147</sup>) açıklamaktadırlar. Dolayısıyla şirketin yönetimi ve idaresi (*control*), sahiplik ilişkisi (*property rights*) gereği pay sahiplerine aittir.

Yazarlar, büyük anonim şirketlerde (*large corporation*)<sup>148</sup> oldukça dağınık bir ortaklık yapısının bulunduğunu, bu şirketlerde, pay sahiplerinin mülkiyet hakları

---

dışında şirket çalışanları, müşteriler ve toplumda da toplumun çıkarlarını dikkate alması, bu esastan hareket etmesi gerekliliğini savunur. (Makale, Berle’ nin dipnot 140’da bildirilen yazısında bildirilen hususlara eleştiri içerir.), (Dodd), bkz. s. 1147 vd.

<sup>142</sup> **Berle, Adolf A., Jr.**; “For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note”, Harvard Law Review, Vol. 45, pp. 1365-1372, (1932). Makale, Dodd’un makalesine cevaben yazılmıştır. Bkz. dipnot 141.

<sup>143</sup> **Berle, Adolf A./ Means Gardiner C.**; *The Modern Corporation and Private Property*, (Macmillan, 1933), 1932.

<sup>144</sup> **Bratton, William W./ Watcher, M.L.**; “Shareholder Primacy’s Corporatist Origins: Adolf Berle and the Modern Corporation”, *Journal of Corporation Law*, Vol.34, No.1, Fall 2008, p. 99-152. (**Shareholder Primacy**), s. 100 vd. Yazar, o dönemin ekonomik konjonktürüne de işaret ederek, Berle ve Dodd’un görüşlerine yer vermekte ve buna ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır.

<sup>145</sup> **Bratton/ Watcher**, *Shareholder Primacy*, s. 101.

<sup>146</sup> Bkz. dipnot 143.

<sup>147</sup> “*Ownership: The bundle of rights allowing one to use, manage, and enjoy property, including the right to convey it to others*”, Bkz. **Garner**, *Black’s Law Dictionary*, s. 1138.

<sup>148</sup> Yaptığımız araştırmada “*Large Corporation*” terimi için hukuki bir tanım bulunamamıştır. “*Large corporation*” ifadesinin kullanıldığı şirketlerin tespitinde; şirketin faaliyet gösterdiği alana

gereği kendilerine ait olan yönetim ve idare yetkisini (*control*), bir temsil ilişkisi ile profesyonel yöneticilere bıraktığı tespitini yapmaktadır<sup>149</sup>. Dolayısıyla mülkiyet ve yönetim/idare birbirinden ayrılmış olmaktadır (*“separation of ownership and control”*)<sup>150</sup>. Yöneticiler, bu ilişkide, pay sahiplerinin güvenilir kişileri (*“trustee”*) konumundadır ve pay sahipleri tarafından kendilerine verilen yönetim ve idare yetkisini pay sahiplerinin çıkarlarını maksimize etmek amacıyla kullanmalıdırlar (*“shareholder primacy”*)<sup>151</sup>.

Berle ve Dodd arasında anonim şirketlerin temel amacına yönelik olarak yapılan fikirsel tartışmalar ve Berle/ Means tarafından yayınlanan *In the Modern Corporation and Private Property*<sup>152</sup> adlı eserde bildirilen görüşler, anonim şirketlerde şirket yöneticilerinin yetki sınırları ve sorumlulukları, hesap sorulabilirlik (*accountability*) ve bunlar için geliştirilecek hukuki stratejiler konularını şirketler hukukunun<sup>153</sup> temel sorunsalı haline getirmiştir<sup>154</sup>. Nitekim kurumsal yönetim ilkelerinin gelişiminin de bu tartışmalar ile başlamış olduğu kaydedilmektedir<sup>155</sup>.

Anonim şirketin temel amacının ne olduğu sorusunun cevabı, şirket içindeki menfaat grupları ve bunlar arasındaki menfaat çatışmalarının hukuken hangi

---

göre personel sayısı (500’den fazla çalışanı olmak), Amerikan Federal Yasaları gereğince vergiye esas tutulan kazanç gibi (\$7.000.000 üzeri olmak) sektörel bazda değişen kriterlerin dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

<sup>149</sup> Eserde, Amerikan ekonomisinin sağlığının büyük (*large*) 200 Amerikalı şirketin faaliyeti ile sağlandığı kaydedilmektedir. Bu konuda Bkz. **Bratton/ Watcher**, Shareholder Primacy, s. 107.

<sup>150</sup> **Fama, Eugene F./ Jensen, Michael C.**; “Separation of Ownership And Control”, Journal of Law&Economics, The University of Chicago, Vol. 26, No. 2, (June 1983), pp. 301-325, s. 301 vd.

<sup>151</sup> **Bratton/ Watcher**; Shareholder Primacy, s. 103.

<sup>152</sup> Bkz. dipnot 141.

<sup>153</sup> Burada şirketler hukuku kapsamında yapılan açıklamalarda, şirket kavramından “anonim şirketler” anlaşılmalıdır.

<sup>154</sup> **Bratton/ Watcher**, Shareholder Primacy, s. 110.

<sup>155</sup> **Bratton/ Watcher**, Shareholder Primacy, s. 119.

perspektiften ele alınması gerektiğinin belirlenmesi açısından önemlidir<sup>156</sup>. Daha açık bir ifade ile bu sorunun cevabı şirket yapılanması içindeki menfaat çatışmalarının, kimin menfaatinin merkeze oturtularak çözüleceğinde, bu konuda geliştirilecek hukuki stratejilerin belirlenmesinde önem taşır. Nitekim bu sorular ve üzerinde yapılan doktriner tartışmaların şirketler hukukunu biçimlendirdiği ifade edilmektedir<sup>157</sup>.

Anonim şirketin amacının pay sahiplerinin kâr maksimizasyonun sağlanması olduğunun kabulü, bu ilişkinin temel belirleyeni olan pay sahipleri ve yöneticiler arasındaki ilişkilerin de bu esas etrafında çözülmesi ve değerlendirilmesini beraberinde getirmiş, konu multi-disipliner olarak hukukçular ve ekonomistler tarafından ele alınmış ve değerlendirilmiştir<sup>158</sup>.

Amerikan hukukunda şirketler hukuku teorileri ve bunun tarihsel süreçte incelenmesi kapsamlı ve ayrı bir çalışmanın konusunu gerektirir. Ancak, anonim şirketin hukuki olarak nasıl nitelendirildiği, şirket içinde menfaat gruplarının tespit edilmesi ve bunlar arasındaki menfaat uyumsuzluklarına nasıl yaklaşılacağı belirlenmesi açısından önem taşır<sup>159</sup>. Bu nedenle konunun, çalışmamız ile sınırlı olarak ele alınması gereklidir. Ancak belirtmelidir ki; Amerikan şirketler hukuku,

---

<sup>156</sup> Kurumsal yönetim ilkelerinin gelişiminin de bu tartışmalar ile başladığı ifade edilmektedir. Bkz. **Bratton/ Watcher**, Shareholder Primacy, s. 119 vd.

<sup>157</sup> “*The structure of corporate law ensures that corporations generally operate in the interests of shareholders*” Bu konuda bkz. **Smith**, Primacy Norm, s. 277-278 vd.

<sup>158</sup> **Alchian, Armen A./ Demsetz, Harold**; “Production, Information Costs, and Economic Organization”, The American Economic Review, Vol. 62, No. 5 (Dec., 1972), pp. 777-795; **Jensen, M. C./ Meckling, W.**; Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics, 1976, V. 3, No. 4, pp. 305 -360, electronic copy : <http://ssrn.com/abstract=94043>, s. 8-9, (erişim tarihi, 04.02.2021); **Fama/ Jensen**, s. 301 vd.

<sup>159</sup> **Şehirali Çelik/ Kırca/ Manavgat**, s. 247.

ekonomi ve dolayısıyla da ekonomi politikaları ile yakından ilgili olduğu için, bu konuda sınırları belirli bir teoriden söz etmek de zordur <sup>160</sup>.

Bu nedenlerle biz, Amerikan şirketler hukukunun yapılanmasında etkili olduğu kaydedilen “*The New Economic Theory of the Corporation*”<sup>161</sup> veya “*Nexus-of-Contracts Theory*”<sup>162</sup> olarak isimlendirilen “Sözleşmeler Teorisi”<sup>163</sup> hakkında<sup>164</sup> konumuz ile ilgili olan kısmı ile sınırlı olarak bilgi vermekle yetineceğiz. Teoriye Ronald Coase’in 1937 yılında yayınlanan “*The Nature of the Firm*”<sup>165</sup> isimli makalesinin kaynaklık ettiği anlaşılmaktadır<sup>166</sup>. Coase makalesinde şirket tanımına yer vermemiş, ancak şirketin ekonomik temelli sözleşme ilişkilerinden oluşan yapısına dikkat çekmiştir<sup>167</sup>.

---

<sup>160</sup> **Millon, David**; “Theories of the Corporation”, Duke Law Journal, 1990, no.2, (April 1990): pp. 201-262, Yazar, şirket teorilerini tarihsel bir süreç içinde incelediği makalesinde, önemli siyasi zorluklarla karşı karşıya kalan şirket teorilerinin her zaman temelde belirsiz olduğunu ifade etmektedir. “*Confronted with important political challenges, theories of corporation have always been indeterminate.*”, s. 262.

<sup>161</sup> **Millon**, s. 229; **Kraakman, Reinier H**; Corporate Liability Strategies and the Cost of Legal Controls, The Yale Law Journal, V. 93; 1984, (**Corporate Liability Strategies**), s. 862.

<sup>162</sup> **Velasco, Julian**; “Shareholder Ownership and Primacy”, University of Illinois Law Review, 2010, No. 3 (2010), pp. 897-965, s. 918.

<sup>163</sup> Sözü edilen teoriyi ifade için, Türk hukukunda bu konuda inceleme yapan yazarlar tarafından “Sözleşmeler Teorisi” ifadesi kullanılmıştır. Kavram kargaşası yaratmamak için tarafımızca da bu ifadenin kullanılması tercih edilmiştir. Ortaklık teorileri konusunda yapılan inceleme için bkz. **Hacımahmutoglu, S.**; AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı, Ankara, 2008, (**Yönetim Kurulunun Yapısı**), s. 27 vd.; **Şehirali Çelik, F. H.**; Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara, 2008, s. 15 vd.; **Şehirali Çelik/ Kırca/ Manavgat**, s. 247 vd.

<sup>164</sup> **Jensen/ Meckling**, s. 8-9 ; ayrıca bkz. **Kraakman**, Corporate Liability Strategies, s. 862 vd.; **Eisenberg, Melvin A.**; The Conception That the Corporation is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm, 24 J. Corp. L., 1998-1999, (**Dual Nature of the Firm** ), s. 819 vd.

<sup>165</sup> **Coase, Ronald**; “The Nature of the Firm”, *Economica*, Volume 4, Issue 16, November 1937, s. 386-405.

<sup>166</sup> **Eisenberg**, Dual Nature of the Firm, s. 820.

<sup>167</sup> **Eisenberg**, Dual Nature of the Firm, s. 821.

Sözleşmeler Teorisi ise Jensen/ Meckling tarafından kaleme alınan “*Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*” isimli makalenin konusudur<sup>168</sup>. Jensen/ Meckling’ nin makalelerinde dile getirdikleri görüşlerinden önce, Amerikan hukukunda şirket, genel hatlarıyla, pay sahipleri ile yöneticiler arasındaki iki taraflı, özel hukuk karakterli sözleşmesel bir ilişki olarak tanımlanmaktadır. Jensen/ Meckling makalesinde ise şirket; bir üretimin gerçekleştirilmesi için üretim ile bağlantılı hukuk sükeleri arasında yapılan bir sözleşmeler ağının bağlantı noktası, bir hukuki kurgu olarak tanımlanmıştır<sup>169</sup>. Başka bir ifade ile teoride, şirketin ekonomik temelli sözleşme ilişkilerinden (*nexus of contracts*) oluştuğu, bir sözleşmeler ağı olduğu söylenmektedir<sup>170</sup>. Ekonomik temelli teoride yöneticiler vekil (“*agent*”), pay sahipleri de vekalet edilen (“*principal*”) olarak ifade edilmektedir.

Vekalet problemi (*agency problem*) kavramı da, en genel anlamıyla; temsil edilen tarafın menfaatinin, temsilci tarafından atılacak adımlara bağlı olduğu gerçeğine atıfta bulunmak için kullanılmaktadır. Dolayısıyla sorun, hukuk terminolojisi ile vekili, vekilin kendi çıkarına değil, müvekkilin çıkarına hareket etmeye motive etmekte yatmaktadır. Ancak, ekonomistlerin temsil problemi olarak ifade ettikleri kavram, hukuk terminolojisinde vekalet ilişkileri olarak sınıflandırılabilir olmanın çok ötesinde geniş bir içeriğe sahiptir<sup>171</sup>.

Teorinin konumuz açısından önemi, şirket içindeki menfaat grupları ve bunlar arasındaki menfaat çatışmalarıdır. Teoride; şirket içindeki menfaat çatışmalarının ilk olarak ele alındığı Alchian Demsetz’in 1972 tarihli “Production,

---

<sup>168</sup> **Jensen, M. C./ Meckling, W.**; Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics, 1976, V.3, No. 4, pp. 305 -360, electronic copy : <http://ssrn.com/abstract=94043>, pp. 1-73, (erişim tarihi, 04.02.2021).

<sup>169</sup> **Bratton, William W.**; The “Nexus of Contracts” Corporation: A Critical Appraisal, (1989), Faculty Scholarship at Penn Law. 839, pp. 407-465, (**Nexus of Contracts**), s. 408.

<sup>170</sup> **Eisenberg**, Dual Nature of the Firm, s. 819.

<sup>171</sup> **Armour/ Hansmann/ Kraakman**, The Anatomy of Corporate Law, s. 29.

Information Costs and Economic Organization”<sup>172</sup> isimli makaleye atıfta bulunularak, Demsetz’in; şirket yöneticileri ve pay sahipleri arasında vekalet ilişkisi, dolayısıyla menfaat çatışması bulunduğu yolundaki tespitinin doğru olduğu ifade edilir. Ancak, şirketin pay sahipleri ile yöneticiler arasındaki özel hukuk karakterli bir sözleşme olarak tanımlanmasının dar bir tanım olduğu değerlendirilmesi yapılır. Şirketin sözleşmeler açısından oluştuğu ve şirket içindeki vekalet ilişkilerinin sadece pay sahipleri ve yöneticiler ile sınırlı olmadığı bildirilir<sup>173</sup>.

Teoride şirket pay sahipleri ile şirket arasındaki ilişki, ekonomik temelli sözleşmesel ilişkiler açısından oluşan şirket yapılanması içindeki bir sözleşme olarak nitelenmiş ve kapsamının şirket ana sözleşmesi tarafından belirlendiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla pay sahipleri ile anonim şirket arasındaki ilişkinin bir mülkiyet ilişkisi (*ownership*) olduğu varsayımı terk edilmiştir<sup>174</sup>. Ancak, bu ilişkinin merkezinde de pay sahipleri vardır. Şirketin sahip olduğu sermaye pay sahipleri tarafından sağlanmaktadır. Şirketin tasfiyesi söz konusu olduğunda da, pay sahipleri, ancak diğer menfaat sahiplerinden sonra arta kalanı talep edebilecektir (*residual claimants*). Dolayısıyla, şirketin faaliyeti sırasındaki risk ve şirketin mali durumunun sonuçları, pay sahipleri tarafından üstlenilmektedir<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> **Alchian, Armen A./ Demsetz, Harold**; “Production, Information Costs and Economic Organization”, The American Economic Review, Vol. 62, No. 5, (Dec. 1972), s. 777-795.

<sup>173</sup> **Jensen/ Meckling**, s. 8-9.

<sup>174</sup> **Millon**, s. 229.

<sup>175</sup> Amerikan hukuk doktrininde teorinin pay sahipleri ile şirket arasındaki ilişkiyi, sözleşmesel bir ilişki olarak tanımlanmasının, doktrinde genel kabul gören *shareholder primacy* ilkesini desteklemediğini ifade eden yazarlar olduğu görülmektedir. Bkz. **Eisenberg**, Dual Nature of the Firm, s. 833-834. Yazar, doktrinde teorinin *shareholder primacy* ile değişik şekillerde bağlantısının kurulduğunu, ancak bunun yetersiz kaldığını ifade eder. *Shareholder primacy*’nin emredici yasal düzenleme haline getirilmesini önerir. “Of course, even though the nexus of contracts conception does not itself support shareholder primacy, it is possible to place a shareholder primacy overlay on that conception, just as it is possible to place an overlay of mandatory legal rules on that

Jensen/ Mecling makalesinde de; kendilerinden önce Alchian Demsetz tarafından ifade edilen şirket pay sahipleri ve şirket yöneticileri arasında bir vekalet ilişkisinin olduğu ve dolayısıyla da çıkar çatışmasının bulunduğu görüşü kabul edilmektedir. Ancak, şirket içindeki vekalet ilişkilerinin sadece şirket pay sahipleri ve yöneticiler ile sınırlı olmadığı, şirketin diğer çalışanları, tedarikçileri, müşterileri, alacaklıları vb. ile de vekalet ilişkisinin bulunduğu bu nedenle menfaat gruplarının kapsamının ve menfaat çatışmasının daha geniş kapsamlı olarak ele alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>176</sup>.

Teorinin Amerikan doktrininde genel olarak kabul gördüğü ve Amerikan anonim şirketler hukukunun temel sorun ve sorunsallarının bu perspektiften ele alındığını söylemek mümkündür<sup>177</sup>. Teori, şirkette menfaat gruplarının kapsamının daha geniş olarak ele alınmasında ve bunlar arasındaki menfaat çatışmalarının çözümüne ilişkin hukuki stratejiler geliştirilmesinde etkili olmuştur<sup>178</sup>. Şirket pay sahipleri ile yöneticiler arasındaki menfaat çatışmasının çözümü “*Shareholder primacy*” olarak anılan ilke çerçevesinde değerlendirilmekte ve menfaat çatışmasının çözümünde hukuki stratejiler bu ilke çerçevesinde belirlenmektedir.

Konuya Türk hukuku açısından bakıldığında, TTK Genel Gereçesi, “Dünya’da ve Özellikle Avrupa’da Ticaret Hukukunu Etkileyen Öğretiler ve Raporlar” başlığı altında, N. 88’de yer verilen açıklamalar incelendiğinde; kurumsal yönetim ilkelerinin esasında hisse senetleri borsada işlem gören şirketler

---

*conception.*”; Sözleşmeler Teorisinin *shareholder primacy* ilkesini desteklemediğini ifade eleştirisi için ayrıca bkz. **Velasco**, s. 944.

<sup>176</sup> **Jensen/ Meckling**, s. 8-9.

<sup>177</sup> Bkz. **Eisenberg**, Dual Nature of the Firm, s. 821vd. Yazar makalesinde, teorinin Amerikan şirketler hukukunda genel olarak kabul gördüğü ve şirketler hukukunun yapılanmasında belirleyici olduğunu bildirmekle birlikte, açıklamakta eksik kaldığı hususları değerlendirir ve eleştirir.

<sup>178</sup> Anonim şirkette menfaat grupları çatışması ve bunun için geliştirilen hukuki stratejiler (“*Agency Problems And Legal Strategies*”) için bkz. **Armour/ Enriques/ Hansmann/ Kraakman**, The Anatomy of Corporate Law, s. 29 vd.

için öngörülmesine karşılık diğer anonim şirketlere de tavsiye edilecek bir kapsam ve yaygınlık kazandığının ifade edildiği, pay sahipleri başta olmak üzere, tüm ilgililerin menfaatlerinin ideal düzeyde korunması görüşünün esas alınması gerektiği bildirilmektedir. Yine Genel Gerekçe’ de, aynı başlık altında, N.91’de; kurumsal yönetimin öne çıkan bir kavramının “paysahiplerinin değeri” diye adlandırılan “maksimizasyon” anlayışı olduğu, ancak “maksimizasyon” kavramının içeriğinin tartışmalı ve belirsiz olduğu, toplumsal eğilim ile de çeliştiği ifade edilmektedir<sup>179</sup>.

### **c. Risk Alınması Konusunda Pay Sahipleri ile Yöneticiler Arasındaki Menfaat Çatışması ve İşadamı Kararının Buradaki İşlevi**

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere şirkette pay sahipleri ve yöneticiler arasında bir vekalet ilişkisinin varlığı kabul edilmektedir. Hukuki olarak pay sahipleri, vekalet edilen (*principal*), yöneticiler ise vekil (*agent*) olarak nitelenmektedir. Bu ilişkide her bir tarafın kendi menfaatini maksimize etmek isteyeceği varsayılmakta ve bir menfaat çatışmasından söz edilmektedir<sup>180</sup>. “*Agency problem*”, ya da “*agency conflict*” olarak anılan bu menfaat çatışmasının önlenmesinde pay sahibinin ekonomik çıkarlarının maksimize edilmesi (*shareholder primacy*) esasından hareket edilmektedir. Konuya bu temelde bakıldığında, pay sahipleri açısından durum, koymuş oldukları sermayenin nitelikli yöneticiler tarafından iyi yönetilmesi<sup>181</sup>, sahip oldukları payın değerinin artması ve şirketin elde edeceği kârdan pay ölçüsünde maksimum bir kazanç sağlamaktır. Yöneticiler açısından ise kendi pozisyonlarını korumak, şirketten aldıkları maaş ve diğer sözleşmesel ve yasal hakların devamını sağlamaktır<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> Bkz. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçe, N. 88 ve N. 91.

<sup>180</sup> Bu konuda bkz. dipnot 130’da yapılan açıklamalar.

<sup>181</sup> **Easterbrook/ Fischel**, *The Economic Structure of Corporate Law*, s. 94.

<sup>182</sup> TTK m. 394 hükmünde öngörülen mali haklar (huzur hakkı, ücret ikramiye, prim ve yıllık kardan pay ödenmesi) bu kapsamda yer alır. Amerikan hukukundaki uygulama için bkz. **Armour/ Enriques/ Hansmann/ Kraakman**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 66-68.

Pay sahipleri ve yöneticilerin genel hatlarıyla ifade ettiğimiz bu menfaatleri aynı zamanda bir çatışma kaynağıdır. Konuya bu çerçeveden, işadamı kararının işlevi nedir sorusu ile bakıldığında; kazançlarının maksimize edilmesini, dolayısıyla da risk alınmasını isteyen pay sahipleri ve risk içeren kararları almak durumunda olan ancak, kendi menfaatlerinin olası sorumluluk davaları nedeniyle risk almaktan çekinmeyi gerektirdiği yöneticilerin varlığından söz etmek gereklidir.

Yöneticilerin risk almaktan doğal olarak çekindikleri varsayımına ilişkin olarak önceki bölümde yaptığımız açıklamalar yanında ayrıca belirtmek gereklidir ki, yöneticilerin pek çoğu şirkette pay sahibi değildir ya da çok küçük miktarlarda paylara sahiptirler<sup>183</sup>. Dolayısıyla kazanç ile doğrudan ilişkilendirilen risk ve risk içeren kararların alınması konusunda pay sahipleri ve yöneticiler arasında bir menfaat uyumsuzluğu vardır. Riskli kararın başarısı pay sahipleri için kazanç anlamı taşırken, başarısızlığı yöneticiler için sorumluluk anlamı taşımaktadır. Özde pay sahiplerinin kazançlarının maksimize edilmesi esasından işleyen anonim şirket yapılanması, bu açıdan bakıldığında pay sahiplerinin kazancına hizmet edecek bir alan yaratmalıdır. *Business judgment rule* tam da bu konuda bir işleve sahiptir<sup>184</sup>. Özen yükümlülüğünün ihlali iddiası taşıyan bir uyumsuzluk halinde, kararın sonuçlarından bağımsız olarak karar alma sürecinin hukuka uygunluğunun değerlendiriliyor olması (başka bir ifade ile işadamı kararı ilkesi), geleceğe dönük, bu açıdan “*sui generis*” olarak nitelenen yönetim kurulu kararının denetlenmesinde,

---

<sup>183</sup> Bu konuda bkz. *Gagliardi v. Trifoods Int'l, Inc.*; 683 A. 2d. 1049 (Del. Ch. 1996). Kararda; halka açık şirketlerin yöneticilerinin, şirkette çok küçük paya sahip oldukları, teşvik primlerinin ya hiç olmadığı ya da çok az olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla yöneticilerin, yüksek gelir beklentili ancak çok riskli projeleri hayata geçirmekte yararlanımları yok ya da çok sınırlıdır. Buna karşın, sorumlulukları müşterek ve müteselsilen ve tüm zarardandır. Bu nedenle pay sahiplerinin ekonomik yararları, bu yöneticilere bir koruma sağlamayı gerektirir, iyiniyetli oldukları ve karar alma sürecinde belli ölçüleri yerine getirdikleri takdirde denilmektedir.

<sup>184</sup> **Greenfield, Kent/ Nilsson, John E.**: Gradgrind's Education: Using Dickens and Aristotle to Understand (and Replace) the Business Judgment Rule, 63 Brook L. Rev. (1997), s. 831.

yöneticiler için güvenli bir alan yaratmak, taraflar arasındaki risk almak konusundaki çıkar çatışmasını dengelemek işlevini haizdir.

Yine bu perspektiften bakıldığında, işadamı kararı ilkesinin, vekalet maliyetini (*agency cost*) azaltan bir fonksiyonu olduğu da söylenmelidir. Zira özen yükümlüğünün içeriğinin belirlenmiş olması, şirket yöneticileri açısından öngörülebilirliği arttırmakta, şirketin yöneticilere çok yüksek bedelli sorumluluk sigortası teklif etmek veya yaptırmak zorunluluğunu da ortadan kaldırmaktadır. Benzer şekilde nitelikli yöneticinin istihdam maliyetini de düşürmektedir<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> Easterbrook/ Fischel; The Economic Structure of Corporate Law, s. 100.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ABD HUKUKUNDA İLKENİN UYGULAMASI

#### I. İŞADAMI KARARI İLKESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

İşadamı kararı ilkesinin öngördüğü karinenin<sup>186</sup> uygulanabilmesinin koşulları dört ana başlıkta toplanabilir<sup>187</sup>. Bu koşullar, yargı sürecinde işadamı kararı ilkesinin uygulanabilmesi için, mahkeme tarafından, öncelikli olarak incelenecek hususlardır. Başka bir ifadeyle, bu koşulların varlığı halinde ilkenin öngördüğü karineden yararlanılması mümkün olacaktır. Bu bölümde ana başlıklar altında konu hakkında detaylı bilgi verilmiştir.

##### A. Bir İşadamı Kararının Varlığı

İşadamı kararı ilkesinin uygulanabilmesi için bir “işadamı kararı” (“*business decision*”) olmalıdır. “*Business decision*” kavramının Türkçeye “ticari karar” olarak çevrilebilmesi mümkündür. Ancak TTK m. 3 hükmü gereği anonim şirket yönetim kurulu kararlarının tümü ticaridir. Dolayısıyla ifadenin birebir Türkçe karşılığı ticari karar olmakla birlikte, Amerikan hukuku çerçevesinde yapılacak açıklamalarda ticari karar ifadesini kullanmak, ilkenin uygulama alanı bulunduğu kararları ayırt etmek açısından yeterli değildir. Aşağıda yapacağımız açıklamalardan da görüleceği üzere, “işadamı kararı” ifadesi, ilkenin uygulandığı kararları ifade için daha uygun bir seçimdir.

---

<sup>186</sup> İlk bölümde belirtildiği üzere karine, adi kanuni karinedir, yani aksi ispatlanabilen karinedir. Adi kanuni karineler, aksi ispat edilinceye kadar delil teşkil eder. Karine aleyhine olan taraf, karinenin aksini ispat edebilir. Bu konuda bkz. **Kuru, Baki**; Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 1, Ankara, Mart 2020, (**Medeni Usul Hukuku**), s. 625.

<sup>187</sup> **Radin**, s. 86-87.

Amerikan hukukunda, yönetim kurulunun almış olduğu kararların hepsinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır<sup>188</sup>. Başka bir ifade ile, kararın yönetim kurulu tarafından alınmış olmasının, tek başına işadamı kararı ilkesinin uygulama bulacağı bir karar olarak değerlendirilebileceği anlamını taşımadığı görülmektedir. Burada belirleyici olan husus, kararın şirketi temsilen ve şirketin ticari faaliyetlerine yönelik olarak alınmış olması ve takdir kullanımı gerekiyor olmasıdır<sup>189</sup>. Şirketin ticari faaliyetlerine yönelik olarak alınan kararın, şirket üzerinde ekonomik etkisi olması, farklı yönde karar vermeyi mümkün kılacak olasılıkların varlığı ve bu nedenlerle de araştırma yapmak, bilgi toplamak ve takdir kullanımı gerektirmesi bu tür kararların ayırt edici özellikleri olarak ifade edilebilir. Yine işadamı kararı ilkesinin varlık nedeni dikkate alındığında bu tür kararların geleceğe dönük olması ve doğurabileceği sonuçlar açısından belirsizlik içermesi de olası nitelikler arasındadır. Örneğin şirketin iç yönergesinin içeriği konusunda alınmış hukuka aykırı bir yönetim kurulu kararı, bir işadamı kararı olarak nitelendirilmemekte, bu tür kararlar, ilgili kanun ve şirket esas sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirilmekte, işadamı kararı ilkesinin uygulama alanı içinde yer almamaktadır<sup>190</sup>.

Amerikan hukukunda bu konuya bakıldığında, ekonomi ve/veya işletme bilimi temelli değerlendirmelerin yapıldığı ve benzer şekilde terminolojisinin kullanıldığı görülmektedir. Bu nedenle, ekonomi/işletme biliminin şirket içinde yöneticiler tarafından alınabilecek kararları nasıl tasnif ettiği hakkında genel fikir vermenin Amerikan hukuku açısından konunun anlaşılabilmesine katkı sağlayacağı kanısındayız. Bu açıdan bakıldığında, şirket yapılanması içinde kararların; stratejik, taktik ve operasyonel düzeyde kararlar olmak üzere üç ana başlıkta sınıflandırıldığı

---

<sup>188</sup> “... *decision be that of a business judgment not a decision.*” bkz. **Radin**, s. 92.

<sup>189</sup> **Radin**, s. 92.

<sup>190</sup> **Radin**, s. 92-93.

görülmektedir<sup>191</sup>. Bu sınıflandırmada; stratejik kararlar, organizasyonun amaçlarının belirlenmesi ve bu amaçlara ulaşabilmesi için yapılması gerekli faaliyetlerin belirlenmesi ile ilgilidir. Bu tür kararlar geleceğe dönük ve belirsizlik altında alınan kararlardır ve genel olarak uzun dönemlere aittirler. İşletme amaçları, genel işgücü politikaları, genel üretim politikaları, genel pazarlama politikaları, genel finansal politikalar, yeni ürünler ve bunların üretim kanalları, araştırma ve geliştirme politikaları, şirketin yapılanmasına, şirket devralma ve birleşmelerine ilişkin kararlar stratejik kararlardır ve üst düzey yönetime ait kararlar olarak sınıflandırılmaktadır<sup>192</sup>. Taktik kararlar olarak sınıflandırılan kararların ise, stratejik düzeyde alınmış kararların hayata geçirilmesi ile ilgili kararlar olduğu görülmektedir. Taktik kararların, kesin sınırlarını çizmek mümkün görünmese ve kararın özelinde bir değerlendirmenin yapılmasını gerektirse de, genel olarak şirket yapılanması içinde orta düzey yönetimin iş tanımı içinde yer alan işlere özgülenmiş olduğu anlaşılmaktadır<sup>193</sup>. Operasyonel kararların ise, şirket içinde belirli görevlerin etkin ve verimli bir biçimde yapılmasını sağlamaya dönük kararlar olarak sınıflandırıldığı görülmektedir. İşlerin planlandığı şekilde yürütülmesi amaçlı alınan kararlar, örneğin malzeme satın alınması ve benzeri kararlar bu kararlardan sayılmakta ve şirket yapılanması içinde alt düzey yöneticilerin iş tanımının bu tür kararlar almayı gerektirdiği anlaşılmaktadır<sup>194</sup>.

Ekonomi/ İşletme bilimi perspektifinden şirketin işleyişi içinde alınan kararlar ve bu tür kararların hangi seviye yönetici grubu tarafından alınabileceği genel olarak yukarıda bildirilen şekilde kategorize edilmektedir. Ancak, alınan taktiksel bir kararın ya da operasyonel bir kararın yönetim kurulunun yetki ve görev tanımı içinde kalması ve kararın işadamı kararı özelliklerini taşıması pek ala

---

<sup>191</sup> **Kantarıcı, Nuran**; İşletmelerde Bilgi Sistemlerinin İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Üretim Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, (Tez Danışmanı: Gençyılmaz, Güneş), İstanbul, 1992, s. 7.

<sup>192</sup> **Gençyılmaz**, s. 7-8.

<sup>193</sup> **Gençyılmaz**, s. 8.

<sup>194</sup> **Gençyılmaz**, s. 9-10.

mümkün olabilir. Bu nedenle bu konuda kesin sınıflandırmalara dolayısıyla sınırlandırmalara gidebilmek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla somut olay kapsamında kararın içeriği ile ilgili yapılacak bir değerlendirmenin daha doğru bir yaklaşım olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, genel olarak Amerikan mahkemeleri tarafından ekonomistlerin tekrar eden işler olarak tanımladıkları operasyonel kararların, mahkemeler tarafından işadamı kararı olarak değerlendirilmedikleri anlaşılmaktadır. Doktrinde de bu türden sayılan işlere yönelik kararların pay sahipleri ile yöneticiler arasında bir menfaat çatışması içermediği, dolayısıyla bu tür kararların mahkemeler tarafından değerlendirilmesinden kaçınılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>195</sup>.

İşadamı kararı ilkesi, yöneticilerin bilinçli olarak aldıkları kararlar için (“*conscious decision*”) uygulama bulmaktadır. Bu kavram eyleme geçme hali için de eylemsiz kalma hali için de kullanılmaktadır<sup>196</sup>. Eylemsiz kalma hali bilinçli bir kararın sonucu ise, yani bilinçli olarak eylemsiz kalınıyorsa bu halde de işadamı kararı ilkesi uygulama bulmaktadır. Ancak eyleme geçmeme hali bilinçli bir kararın uygulaması değil ise, bu halde; yönetim kurulunun sorumluluklarından kaçınması ya da bilinçli bir kararı olmadığı düşünülmekte, ancak neden ne olursa olsun, bir yönetim kurulu kararı olmadığı için işadamı kararı ilkesi uygulama bulmamaktadır<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> Bainbridge, Absention Doctrine, s. 49.

<sup>196</sup> *J.P.Stevens & Co. Shareholders Litigation*: “a conscious decision to act or to refrain from action is a necessary factor for the invocation of the doctrine”, 542 A.2d 770 (Del. Ch.1988).

<sup>197</sup> *Kaplan v. Centex Corp*, 284 A. 2d 119 (Del. Ch. 1971); *Nixon v. Blackwell*, 626 A.2d 1366 (Del. 1993).

## B. Kararın Çıkar Sağlamaksızın ve Bir Etki Altında Kalınmadan Alınmış Olması

İşadamı kararı ilkesi; yöneticilerin, bir iş kararını verirken bilgilenmiş olarak, bir etki altında kalmadan, hiç bir çıkar sağlamaksızın ve alınan kararın şirketin menfaatine olduğuna dair dürüst bir kanaatle hareket ettiğine dair bir karine sağlar. Alınan kararın şirketin menfaatine olacağına dair dürüst bir kanaatle (*good faith*) hareket edilmiş olması gereklidir. Bu da çıkarı olmamayı<sup>198</sup> (“*disinterested*”) ve çıkarı olana karşı da şirketin ve pay sahiplerinin menfaatini düşünerek hareket edecek şekilde bağımsız (“*independent*”) kalabilmeyi gerektirir<sup>199</sup>.

İşadamı kararı ilkesi, alınan kararda çıkarı olan ya da çıkarı olan diğer yönetim kurulu üyelerine karşı bağımsızlığını koruyamamış yönetim kurulu üyeleri için bir koruma sağlamaz. Başka bir ifade ile işadamı kararı ilkesi korumasından yararlanabilmek için çıkarı olmamak ve çıkarı olana karşı da şirketin ve pay sahiplerinin çıkarını düşünerek hareket edecek şekilde objektif ve bağımsız kalabilmek gereklidir.

İşadamı kararı ilkesi ve koruması daha önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz üzere özen yükümlülüğü ile ilişkilendirilir ve özen yükümlülüğünün ihlali iddiasının varlığı halinde, yöneticiler lehine bir karine sunar. Başka bir ifade ile özen yükümlülüğü karar alma sürecine ilişkindir ve bununla ilgili davranışsal yükümlülükler içerir<sup>200</sup>. Sadakat yükümlülüğü ise, yöneticilerin kendi çıkarlarını şirket çıkarlarının önüne koyup koymadıklarına ilişkindir ve genellikle kesin bir çıkar çatışmasına işaret ederek yanıtlanır<sup>201</sup>. Dolayısıyla çıkar sağlamak ilk bakışta sadakat yükümlülüğünün ihlali ile ilişkilendirilebilecek bir sorunun varlığını

---

<sup>198</sup> “...can only be claimed by disinterested directors whose conduct otherwise meets the tests of business judgment”, *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, (Del. 1984).

<sup>199</sup> **Radin**, s. 93.

<sup>200</sup> **Eisenberg**, *The Divergence of Standards*, s. 437, s. 443.

<sup>201</sup> **Griffith**, s. 40.

düşündürür<sup>202</sup>. Ancak, işadami kararı ilkesinin unsurları incelendiğinde, alınan karardan çıkar sağlamamak, özen yükümünün de bir unsuru olarak sayılır<sup>203</sup>. Özen yükümlülüğü, yöneticinin şirketin işi ve amacı için harekete geçtiği, bu amaçla hareket ettiği varsayımını içerir. Dolayısıyla özen yükümlülüğü, yöneticinin kendisi veya ilişki içinde olduğu şirket dışında üçüncü bir kişi için çıkar sağlamak amacıyla hareket etmesini veya vereceği karar ve bu çerçevede yapacağı değerlendirmede çıkarı olanın etkisi altında kalması ve objektifliğini yitirmesini dışlar. Özen ve sadakat yükümlülüğü için ortak kabul edilebilecek bu örtüşmenin, dolayısıyla çıkarı olmamak unsurunun, doktrinde farklı perspektiflerde ele alındığı ve değerlendirildiği görülmektedir. Ancak belirtmek gereklidir ki, Amerikan hukuk doktrininde konunun tek başına ele alınıp incelendiği çalışmalar son derece sınırlıdır.

Doktrinde bu konuda yapılmış teorik analizler incelendiğinde, bu unsurun özen yükümlülüğü ile sadakat yükümlülüğünün köklerinin birleştiği ortak bir alan olarak ele alındığı görülür. Bu konuda çok dikkat çekici açıklamalardan birisi, özen yükümü ve sadakat yükümünün farklı sorgulama hatları olsa da yüzey farklılıklarının altı kazındığında iki doktriner paradigmanın birbiriyle zengin bir şekilde bağlantılı köklerinin açığa çıkacağı yolundaki tespit<sup>204</sup> ile birlikte yapılan değerlendirmedir<sup>205</sup>.

Çıkar sağlamak, genel olarak sadakat yükümlülüğü altında değerlendirilebilecek bir sorunun varlığını düşündürmekle birlikte, özen yükümlülüğü, şirket yöneticilerinin şirketin amacı için motive olduğu varsayımını

---

<sup>202</sup> **Palmiter**, s. 277-281.

<sup>203</sup> **Radin**, s. 86.

<sup>204</sup> Öğretide Griffith, bu savını “özen yükümlülüğünün sadakat yükümlülüğüne bu yakınlığı, kimi yazarlar tarafından, mahkemelerin özen yükümlülüğü altında sorumluluk yüklediği bu nadir durumlarda, işlemde genellikle altta bir sadakat unsuru olduğunu not etmeye sevk etmiştir.” sözleriyle açıklar. Bkz. **Griffith**, s. 41.

<sup>205</sup> **Griffith**, s. 40.

içerdiği için, menfaat temini amacıyla hareket etmemek her iki yükümlülük içinde de yer alır<sup>206</sup>. Başka bir deyişle, özen yükümü, zımni bir sadakat unsuru ile çerçevelenmiştir. Yöneticiler, karar verme süreçlerini kendilerine (veya örneğin ailesinden birine, mezun olduğu okula veya bazı şirket dışı üçüncü bir kişiye) değil, şirkete fayda sağlayacak şekilde tasarlamalıdır. Doktrinde bir görüş<sup>207</sup>, karar verme sürecinin amacı olarak ele alındığında özen yükümü analizinin, sadakat yükümlülüğünün bir unsuru üzerine kurulduğunu söyler. Her iki yükümlülüğün altında yatan temel unsurun iyiniyet (*good faith*) olduğunu ifade eder. Çıkar sağlamamayı ve bağımsız hareket edebilmeyi (“*disinterested*” & “*independent*”) her iki yükümlülüğün ortak paydası olarak gördüğü iyiniyet temelinde açıklar<sup>208</sup>.

Çıkarı olmamak (“*disinterested*”), Model Business Corporation Act. § 8.31, (a)2 (iii)’de açıklanmış olup, yöneticinin aldığı kararla kendisi, ailesinden yakınları ya da ilişki içinde olduğu bir kişi için çıkar sağlamamış olmasını ifade eder. Buradaki çıkar kavramı hiç şüphesiz maddi/ekonomik çıkar sağlamayı

---

<sup>206</sup> Griffith, s. 40-42.

<sup>207</sup> Griffith, s. 43.

<sup>208</sup> “Sorunun özen yükümlülüğü veya sadakat yükümlülüğü perspektifinden gelip gelmediği, yaklaşımdaki bir farklılık olarak açıklanır. Başka bir deyişle, her iki yükümlülüğün altında yatan temel sorunun gerçekten iyiniyet olduğu bildirilir. Yöneticiler başkası hesabına hareket konusunda ellerinden gelenin en iyisini yapıyorlar mı? Muhtemelen, tüm şirketler hukukundaki tek soru budur”. (Oriijinali: “Whether the question is confronted from the perspective of the duty of care or the duty of loyalty is just a difference in approach. To put it another way, the fundamental question underlying both duties is good faith. Are the directors doing their best in acting for someone else? Arguably, that is the only question in all of corporate law.”), Bkz. Griffith, s. 43.

içerir<sup>209</sup>. Ancak çıkar kavramı şirket içinde yerini sağlamlaştırmak gibi yararlar da olmak üzere geniş olarak yorumlanmaktadır<sup>210</sup>.

Yönetim kurulu üyesi kendisi ya da ilişki içinde olduğu ailesi veya diğer üçüncü kişiler için herhangi bir menfaat temin etmediği gibi, alınan kararda çıkar sağlamak amacıyla hareket eden yönetim kurulu üyesi veya üyelerine karşı da bağımsız kalabilmelidir. Başka bir ifade ile, çıkarı olan yönetim kurulu üyesi veya yönetim kurulu üyelerinin yönlendirmesi altına girmeden, objektif olarak şirketin çıkarını düşünerek hareket edecek şekilde bağımsız hareket etmelidir<sup>211</sup>.

Bağımsız olunmadığı savının mahkemelerce dikkate alınabilmesi için savı ileri süren davacının, mahkemeye makul şüphe (“*reasonable doubt*”) yaratacak deliller sunması beklenmektedir. Aynı sosyal çevreden olmak, aynı düşünelere ya da sosyal etkinliklere katılmak, yönetim kurulu üyeliği görevinden önce birlikte ticari ilişki yürütmek gibi nedenlerin varlığı, tek başına, bir yönetim kurulu üyesinin çıkarı olan yönetim kurulu üyesinin etkisi altında hareket ettiğini kabul etmek için yeterli görülmemektedir<sup>212</sup>. Mahkeme, bağımsız hareket edilmediğinin ispatı için sunulması gereken ve makul şüphe yaratabilecek delillerin, kişinin kendi repütasyonunu ortaya koyabileceği nitelikte önemli olmasını aramaktadır<sup>213</sup>.

---

<sup>209</sup> “...directors can neither appear on both sides of a transaction nor expect to derive any personal financial benefit from in the sense of self-dealing, as opposed to a benefit which devolves upon the corporation or all stockholders generally”, *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 812, (Del. 1984).

<sup>210</sup> “...the personal self-interest of directors who may want to entrench themselves in office” bkz. **Holland**, s. 686.

<sup>211</sup> Model Business Corporation Act. § 8.31, (a)2 (iii), (2016 Revision), (December 9, 2017).

<sup>212</sup> “...allegations that Stewart and the other directors moved in the same social circles, attended the same weddings, developed business relationships before joining the board, and described each other as “friends” were insufficient”, *Martha Stewart Living Omnimedia, Inc. v. Stewart*, 845 A. 2d 1040 (Del. 2004).

<sup>213</sup> Bir tarafın diğer tarafa minnettarlık/ bağlılık (“*beholden/ beholdenness*”) duyabileceği türden bir ilişkinin ya da olgunun varlığı gibi, bkz. **Holland**, s. 688.

Burada mahkemelerin bir saik (“*state of mind*”) araştırması yapıp yapmadığı hususu haklı olarak düşünülebilir. Ancak mahkemelerin, makul şüphe yaratacak deliller sunulduğunda, alınan kararın sonuçlarından yola çıkarak, daha detaylı bir inceleme içine girdiği anlaşılmaktadır. Olayın niteliğine göre konu özen yükümlülüğünün ihlali sınırları içinde mi yoksa sadakat yükümlülüğünün ihlali sınırları içinde mi değerlendirilmeli sorusuna cevap aranmaktadır<sup>214</sup>. Bu tür davalar genel olarak sadakat yükümlülüğünün ihlali sınırları içinde değerlendirilmektedir. Nitekim doktrinde çıkarını gözeten davranışları neticesinde, özen yükümlülüğünün ihlali sebebi ile yöneticilerin sorumluluğuna gidildiği davaların sayıca az olduğu bildirilmektedir<sup>215</sup>.

Karar gereği yapılacak iş ya da işlem, şirket yöneticilerinin kişisel çıkar temin etmek amacıyla kurguladıkları bir iş veya tasarruf ise bu halde konu sadakat yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği sorusu (“*self-dealing*”, “*fraud*”, “*constructive self-dealing*”) çerçevesinde değerlendirmekte ve mahkemelerce konu bu yasal çerçevede, olayın özelliğine göre “*entire fairness*”, “*enhanced scrutiny*” olarak adlandırılan yöntemlerle daha detaylı olarak incelenmektedir<sup>216</sup>. Sadakat

---

<sup>214</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, Function Over Form, s. 862. (“*Where courts encountered troubling instances of director action in cases where the directors had no apparent conflict of interest, the courts were inclined to ask loyalty-based questions, such as whether the action constituted a fraud or a ‘constructive fraud’ against corporation or its minority shareholders*”) Burada bildirilen yazarların Delaware Mahkemesinin (*Court of Chancery Delaware*) önemli ve repütasyonları yüksek yargıçları olduğu belirtilmelidir.

<sup>215</sup> Amerikan hukukunda Clark, kendi çıkarını gözeten davranışlar neticesinde mahkemelerin özen yükümlülüğü altında konuyu ele almalarının ve sorumluluğa hükmetmelerinin çok nadir olduğunu bildirir. Mahkemelerin konuyu özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirmesinin, haksız çıkar çatışmasının bütün unsurlarını kanıtlamak zorunda kalmaksızın davacıların kazanmasına izin vermenin basit bir yolu olduğu yolundaki görüşünü paylaşır. Bu konuda bkz. **Clark, Robert C.**; Corporate Law, Aspen Law & Business, 1986, s. 126.

<sup>216</sup> “*The business judgment rule is, absent fraud or conflict of interest, nearly insurmountable in America, insulating directors and managers from judges and freeing from them legal scrutiny*”, Bkz. **Roe, Mark J.**; Corporate Law’ s Limits, Colombia Law School Working Papers Series,

yükümlülüğünün ihlali halinde işadımı kararı ilkesi ve onun sağladığı koruma uygulama görmemektedir<sup>217</sup>.

## C. Kararın Şirketin Menfaatine Olduğu Yönünde Dürüst Bir Kanaatle Alınmış Olması (Good Faith/ Bona Fides/ İyiniyet)

### 1. Good Faith / Bona Fides Kavramı

Amerikan hukukunu esas alarak yaptığımız çalışmada, işadımı kararı ilkesinin öngördüğü karinenin koşulları arasında sayılan “*good faith*” kavramının Amerikan hukuku terimler sözlüğünde karşılığı “*bona fides*” olarak açıklanmaktadır<sup>218</sup>. “*Bona fides*” Roma hukuku kaynaklı bir kavramdır<sup>219</sup>. Kavramın kapsamında, Türk hukukunda MK m. 2 düzenlemesinde yer verilen dürüstlük kuralı ve MK m. 3 düzenlemesinde yer alan iyiniyet birlikte yer alır<sup>220</sup>. Amerikan hukukunda kullanılan “*good faith*” ise, dürüstlük kuralı ve iyiniyeti birlikte kapsayan bir üst kavram yani “*bona fides*” anlamını taşır<sup>221</sup>.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, çalışmamızda, Amerikan hukuku çerçevesinde yaptığımız açıklamalarda kullandığımız iyiniyet kavramı<sup>222</sup>, Amerikan hukukundaki anlamıyla kullanılmıştır. Ancak kavramın Amerikan hukukunda, işadımı kararı ilkesi kapsamında kullanımına bakıldığında, Türk

---

January 16, 2002, (*Corporate Law’ s Limits*), s. 15, <http://papers.ssrn.com/abstract=260582>, (erişim tarihi: 20.02.2020).

<sup>217</sup> *Palmiter*, s. 277-281.

<sup>218</sup> Bu konuda bkz. *Garner*, *Black’s Law Dictionary*, s. 713.

<sup>219</sup> Bu konuda bkz. *Uçaryılmaz, Talya Şans*; *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)*, Ankara 2019, s. 68.

<sup>220</sup> *Uçaryılmaz*, s. 68-74.

<sup>221</sup> Anglo-Amerikan hukukunda farklı isimler almakla birlikte, hem objektif hem de subjektif *bona fides*’e işaret eden pek çok kuralın olduğu tespiti için bkz. *Uçaryılmaz*, s. 69.

<sup>222</sup> *Bona fides* kavramının etimolojik olarak “İyiniyet” anlamını taşıdığı tespiti için bkz. *Uçaryılmaz*, s. 69.

hukukunda MK m. 2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralına daha yakın bir içeriğe sahip olduğu anlaşılmaktadır<sup>223</sup>.

İyiniyet (“*good faith*”), işadamı kararı ilkesinin temel unsurlarındandır<sup>224</sup>. İşadamı kararı ilkesi unsurları arasında sayılan iyiniyet, alınan karar ve karar gereğince yapılacak iş ya da tasarrufun şirketin yararına olacağına dair dürüst bir kanaatle hareket etmek olarak ifade edilebilir.

İşadamı kararı ilkesi gereği, yöneticilerin karar verirken iyiniyetle hareket ettiği varsayılır<sup>225</sup>. İşadamı kararı ilkesinin, insan hatalarını göz ardı etmek gerekliliğine dair teorik gerekçelendirilmesinin temelinde, kararın şirketin çıkarına olduğuna dair dürüst bir kanaatle hareket edilmiş olması yatar. Bu nedenle de yöneticilerin şirketin çıkarlarını sağlamak konusundaki yükümlülüklerini kasıtlı olarak suiistimal etmesi veya ölçüsüz ve aşıkâr süreç hataları yapılması işadamı koruması kapsamında değerlendirilmez<sup>226</sup>.

Amerikan hukukunda geleneksel güvene dayalı ilişkiye bağlı edim borçları “*traditional fiduciary duty*” olarak ifade edilmekte ve özen ve sadakat yükümlülüğü bu kapsamda ele alınmaktadır. Yasalarla sınırları belirlenmiş olan özen ve sadakat yükümlülüğünün bıraktığı boşluk iyiniyet (*good faith /bona fides*) ile doldurulmaktadır<sup>227</sup>. Yasal bir tanıımı olmayan iyiniyet kavramının içeriği doktrinde mahkeme kararlarının değerlendirilmesi ile somutlaştırılmaktadır. Nitekim mahkeme kararlarının incelenmesi suretiyle yapılan çalışmaların öngörülebilirliği arttırmak amacıyla yapıldığı ve çıkarılan sonuçların da iyiniyet

---

<sup>223</sup> Amerikan hukukunda *bona fides* incelemesi için ayrıca bkz. **Uçaryılmaz**, s. 366-370.

<sup>224</sup> *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 264 (Del. 2000).

<sup>225</sup> “... the presumption of the business judgment rule creates a presumption that a director acted in good faith”, *Aranson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

<sup>226</sup> **Radin**, s. 336.

<sup>227</sup> **Eisenberg, Melvin, A.**; The Duty of Good Faith in Corporate Law, Delaware Journal of Corporate Law, C. 31, 2006, (**Good Faith**), s. 5-6; **Radin**, s. 342.

konusunda yöneticilere kılavuzluk yapacak nitelikte olduğu bildirilmektedir<sup>228</sup>. Özen ve sadakat yükümlülüğünün sınırları arasında kalan ve adalet (“*fairness*”) duygusunu rahatsız eden hususlar iyiniyet çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu nedenlerle de, iyiniyetin şirketler hukuku doktrinine ve uygulamada yargıya esneklik kazandırdığı ifade edilmektedir<sup>229</sup>.

Delaware Mahkemelerinin davalar nedeniyle sıkça sözünü ettikleri iyiniyet konusunda sınırları belirli bir tanım veremedikleri anlaşılmaktadır<sup>230</sup>. Bu zorluk nedeniyle de kötü niyeti (*bad faith*) tanımlamanın iyiniyeti tanımlamaktan daha kolay olduğu ifade edilmektedir. Ancak, burada da bir kayıt konulmakta ve iyiniyeti kötü niyetin olmayışı olarak tanımlamanın da iyiniyetin anlamını fazlaca daraltmak anlamına geleceği bildirilmektedir<sup>231</sup>.

Genel olarak, şirket için alınan karar ve gereğince yapılan iş ya da tasarrufun, pay sahiplerinin çıkarına olmadığını bilmek veya güçlü nedenlerin varlığı nedeniyle bunu bilebilecek durumda olunmasına rağmen bilinçli olarak göz ardı etmek (“*consciously disregarding*”) iyiniyetli olunmadığı şeklinde değerlendirilmektedir<sup>232</sup>. Ancak mahkemelerin saik (“*state of mind*”) araştırması yapmadığı söylenmelidir<sup>233</sup>. Mahkemelerin, iyiniyetle ilgili tartışmalarda özen yükümlülüğü ile sadakat yükümlülüğü arasında gidip geldiği ifade edilmektedir. İyiniyet analizinde de, özen ve sadakat yükümlülüğüne dair sorularla konunun irdelendiği, her bir geleneksel yükümlülük kapsamında tam da belirgin olmayan bir

---

<sup>228</sup> **Holland**, s. 700; **Gold, Andrew S.**; A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty, 66 Md. L. Rev. 398 (2007), s. 472.

<sup>229</sup> **Eisenberg**, Good Faith, s. 74-75; **Griffith**, s. 73.

<sup>230</sup> Furlow, Delaware yargıçlarından birisinin, iyiniyeti açıklamakta yaşanan bu zorluğu bulanık/belirsiz içtihat sisi (“*fog of hazy jurisprudence*”) sözleriyle betimlediğini bildirmektedir. Bkz. **Furlow**, s. 1062.

<sup>231</sup> **Furlow**, s. 1071.

<sup>232</sup> *Emerging Communications, Inc. Shareholders Litigation*, Consolidated Civil Action, No. 16415, (Del. Ch. 2004).

<sup>233</sup> **Griffith**, s. 33.

şüphenin desteklenebilmesi halinde iyiniyete şüpheyile bakıldığı tespitinde bulunmaktadır<sup>234</sup>.

Delaware Mahkemeleri tarafından kötü niyet, farklı davalardan çıkarımla, dört kategoriye ayrılarak tanımlanmaktadır: Şirketin çıkarları dışında başkaca amaçlarla hareket etmek, öznel kötü amaçlarla hareket etmek, hukuku ihlal etmek amacıyla karar almak, yükümlülükleri bilinçli olarak ihlal etmek (“*derelection of duty*”)<sup>235</sup>.

Bununla birlikte, şirketler hukukunda iyiniyetin işlevi tam olarak açık değildir. Ona yapılan tüm yargısal ve yasal referanslar için, ilke ne Delaware yasalarında ne de yargı içtihatlarında tanımlanmıştır. Genel anlamda iyiniyet, hukukta uygulanması zor bir kavram olarak değerlendirilir<sup>236</sup>. Delaware Yüksek Mahkemesi’nin: “iyiniyet, anlamı bağlama göre bir şekilde değişen şekilsiz bir ilke” olduğunu kabul ettiği ifade edilir<sup>237</sup>. İyiniyet, işini doğru yapmak veya görevlerini yeterince yerine getirmek olarak düşünülürse, özen yükümlülüğünün bir parçası haline gelir. İyiniyetin şirketin çıkarları için özverili hareket etmek olduğu düşünülürse, o zaman tipik olarak sadakat yükümlülüğü altında analiz edilen konulara doğru kaydığı değerlendirilmesi yapılır<sup>238</sup>.

---

<sup>234</sup> Griffith, s. 73.

<sup>235</sup> Furlow, s. 1071.

<sup>236</sup> Griffith, s. 5; Kostant, Peter C.; “Meaningful Good Faith: Managerial Motives and the Duty to Obey the Law”, New York Law School Law Review, Volume 55, 2010/11, s. 433-434.

<sup>237</sup> Griffith, s. 5-6; Kostant, s. 433.

<sup>238</sup> Doktrinde Griffith, iyiniyetin anlamını belirlemede Delaware Mahkemesi Yargıçısı (*Chancellor*) Allen’in, “iyiniyet basitçe şirketler hukukunun altında yatan refah maksimizasyonu hedeflerine kısa bir referans olabilir” yolundaki görüşüne atıf yapar. Bunun için bkz. Griffith, s. 5-6.

## 2. İyiniyetin Yargı Kararlarında Nasıl Ele Alındığı

Amerikan hukukunda daha önce ifade ettiğimiz üzere güvene dayalı yükümlülükler (*fiduciary duties*), geleneksel olarak özen yükümlülüğü ve sadakat yükümlülüğü olarak sınıflandırılmaktadır. 1990'lı yıllarda Delaware Yüksek Mahkemesinin, yönetim kurulu üyelerinin güvene dayalı yükümlülüklerinin üç alt başlıkta toplandığı kararlar verdiği anlaşılmaktadır<sup>239</sup>. Bu davalar; *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* (“*Cede II*”)<sup>240</sup>, *Caremark International Inc. Derivative Litigation (Caremark)*<sup>241</sup> *Stone v. Ritter*<sup>242</sup>, *Walt Disney Co. Derivative Litigation (“Walt Disney V”)*<sup>243</sup> davalarıdır. Sözü edilen davalar, yönetim kurulu üyelerinin güvene dayalı yükümlülüklerinin kapsamı ve iyiniyet kavramından ne anlaşılması gerektiği sorularının cevaplanması açısından önem teşkil eden davalardır. Sözü edilen davalar hakkında, konumuz açısından önemi ve bununla sınırlı sonuçlarıyla ilgili bilgi vermek uygun olacaktır.

Delaware Yüksek Mahkemesi (Delaware Supreme Court), *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*<sup>244</sup> (“*Cede II*”) davası kararında; özen yükümlülüğü ve sadakat yükümlülüğü olarak sayılan güvene dayalı yükümlülüklere bir yenisini daha eklemiş ve iyiniyetin de bunlardan ayrı ve bağımsız bir yükümlülük olduğunu bildirmiştir. Temyiz edilmeyen *Caremark International Inc. Derivative Litigation*<sup>245</sup> davasında da Delaware Mahkemesi (*Delaware Court of Chancery*), iyiniyetin, özen ve sadakat yükümlülüğü yanında ayrı bir yükümlülük olduğu

---

<sup>239</sup> **Holland**, s. 694; **Furrow**, s. 1065.

<sup>240</sup> *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A. 2d 362 (Del. 1993).

<sup>241</sup> *Caremark Int'l Inc. Derivative Litigation*, 698, A. 2d 959 (Del. Ch. 1996).

<sup>242</sup> *Stone v. Ritter*, 911 A. 2d 362 (Del. 2006).

<sup>243</sup> *Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 906 A 2d (Del. 2006).

<sup>244</sup> Bkz. dipnot 240.

<sup>245</sup> Bkz. dipnot 241.

hususunu tekrarlamıştır<sup>246</sup>. Dolayısıyla özen yükümlülüğü ve sadakat yükümlülüğü yanında, iyiniyet de ayrı ve bağımsız bir yükümlülük olarak sayılmıştır<sup>247</sup>.

Yüksek Mahkeme bu yoldaki görüşünü *Stone v. Ritter*<sup>248</sup> kararı ile değiştirmiştir. Mahkeme'nin 2006 yılında verdiği *Stone v. Ritter* davası kararında, *CedeII* Kararından farklı olarak, iyiniyetle hareket etmenin, özen yükümlülüğü ve sadakat yükümlülüğü yanında ayrı bir yükümlülük olmadığı, bilakis her iki yükümlülüğün ortak paydası olduğu kaydedilmiştir<sup>249</sup>. Kararda yönetim kurulu üyelerinin üst gözetim görevlerini bilinçli olarak yerine getirmediikleri, dolayısıyla iyiniyetle hareket etmedikleri ifade edilerek, sadakat yükümlülüğünün ihlali sebebiyle yöneticilerin sorumluluğuna gidilmiştir. Kararın iki ayrı doktriner sonucu olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır<sup>250</sup>. Birincisi, iyiniyetle hareket etmek, özen ve sadakat yükümlülüğü gibi ayrı ve bağımsız bir yükümlülük değildir. Özen ve sadakat yükümlülüğünün ihlali sorumluluk doğurur. İyiniyetle hareket etmemek de sorumluluk doğurur ancak dolaylı olarak denilmektedir. İkinci önemli sonucu da sadakat yükümlülüğünün ihlali davalarının, sadece ekonomik çıkar veya diğer şekildeki çıkar çatışmalarını içeren davalar ile sınırlı olmadığıdır. Dolayısıyla sadakat yükümlülüğünün yönetim kurulu üyelerinin üst gözetim görevlerinin iyiniyetle ifa edilmediği halleri de kapsadığı anlaşılmaktadır.

---

<sup>246</sup> bkz. **Furrow**, s. 1066-1067.

<sup>247</sup> **Holland**, s. 694; benzer açıklama için bkz. **Furrow**, s. 1065.

<sup>248</sup> *Stone v. Ritter*, 911 A. 2d 362 (Del. 2006).

<sup>249</sup> “ *the obligation to act in good faith does not establish an independent fiduciary duty that stands on the same footing as duties of care and loyalty. Only the latter two duties, where violated, may directly result in liability...*”, *Caremark Int'l Inc. Derivative Litigation*, 698, A. 2d 959 (Del. Ch. 1996).

<sup>250</sup> Bu değerlendirme için bkz. **Holland**, s. 698. (Belirtmelidir ki Yazar, **Randy J. Holland**, Delaware Supreme Court yargıçlarından birisidir.)

Yüksek Mahkemenin *Walt Disney V* davası<sup>251</sup> ise, iyiniyetten ne anlamak gerektiği konusunda açıklayıcı bilgiler içeren bir dava olarak kaydedilmektedir. Bu nedenle de *Walt Disney V* davası kararının, özen yükümlülüğü ile iyiniyet arasındaki net ayrımların yapıldığı bir dava olarak önemine işaret edilmektedir<sup>252</sup>. Dava, Walt Disney Şirketinin, Micheal Ovitz ile şirketin yönetim kurulu başkanı olarak görev yapmak üzere, 1995 yılında, beş yıllık süre için yapılan iş akdinin koşulları ve Micheal Ovitz'in on dört ay gibi kısa bir süre sonra işten çıkartılmasıyla ödenen yüksek miktardaki tazminatla ilgili olarak yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilmesi talebine ilişkindir.

Dava önemli noktalarıyla şu şekilde özetlenebilir: Ekim 1995'te Micheal Ovitz ile Walt Disney şirketi arasında iş akdi imzalanmıştır. İş akdi gereği Ovitz 5 yıl şirket yönetim kurulu başkanı (başkan) olarak görev yapacaktır. Ancak, 1 yıl iki ay gibi kısa bir süre sonra Aralık 1996 tarihinde Ovitz'in iş akdi feshedilmiştir. Ovitz'in kısa görev süresine rağmen, kendisine yaklaşık 130 milyon Amerikan Doları tutarındaki bir paket ("*severance package*") işten ayrılma tazminatı olarak verilmiştir. Sorumluluk davasında, davacı pay sahipleri Ovitz'in işe alımı, iş akdinin içerdiği koşullar ve akdin feshinde izlenen yol nedeniyle şirket tarafından çok yüksek tazminat ödenmek zorunda kaldığı, bu nedenle de yönetim kurulunun kusurlu olduğu iddiasındadır. Ovitz başkan olmadan önce şirketin icra kurulu başkanı (*CEO*) Michael Eisner'dir. Michael Eisner'in başkan olduğu dönemde Ovitz ile yakın iş ilişkileri vardır. Michael Eisner'in şirkette icra kurulu başkanı olduğu dönemde, şirketin diğer yönetim kurulu üyeleri ile şirket dışında iş veya ailesi kaynaklı (kurul üyelerinden birisi Eisner'in oğlunun devam ettiği okulda idari görev yapmaktadır ve Eisner okula değişik dönemlerde çok ciddi bağışlar yapmıştır) yakın ilişkileri vardır. Dolayısıyla Michael Eisner, başkanlığı döneminde ve sonrasında diğer yönetim kurulu üyeleri üzerinde etkinliği fazla olan bir isimdir.

---

<sup>251</sup> *Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 906 A 2d (Del. 2006).

<sup>252</sup> **Holland**, s. 696.

Mahkeme tarafından Eisner'in diğ er yönetim kurulu üyeleri ile ilişkileri çok detaylı olarak incelenmiştir. Dolayısıyla Ovitz'in iş e alımı, iş akdi koşullarının belirlenmesi ve iş akdinin feshinde izlenen yolda Eisner'in diğ er yönetim kurulu üyeleri ile ilişkilerinin etkili oldu ğ u sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme, davacıların iş adamı ilkesinin uygulanabilmesi için gerekli olan iyiniyetten ş üphe edilmesini gerektirecek kadar delil sundu ğ unu kabul ederek, Walt Disney Ş irketi ana sözleşmesi sorumsuzluk kaydı iç ermesine rağmen, iş adamı kararı ilkesini uygulamamıştır. Mahkeme iyiniyetle hareket etmemeyi sadakat yükümlülüğ ünün ihlali olarak de ğ erlendirerek, davalı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğ una hükmetmiştir<sup>253</sup>.

*Walt Disney V* davası kararından çıkarımla üç halin, iyiniyetli hareket edilmediğ ini gösterir haller olarak kabul edildiğ i söylenebilir. Bu haller; bilinçli olarak şirketin menfaatine en iyi olan dışındaki baş ka bir amaçla hareket etmek, kanunu ihlal etmek amacıyla hareket etmek, yükümlülüklerini bilinçli olarak ihlal etmek. Kararın, bu özelliğ i ile de, iyiniyetli hareket etmekten ne anlamak gerektiğ inin tespit edilmesinde önemli bir rehberlik yaptığını söylemek mümkündür<sup>254</sup>.

Bu davaların sadakat yükümlülüğ ünün kapsamının yeniden tanımlanmasına neden oldu ğ u da anlaşılmaktadır<sup>255</sup>. Nitekim, sadakat yükümlülüğ ünün klasik anlamda, şirket çıkarları dışında kendi çıkarları ya da kendisi ile ilgili kişilerin çıkarları için hareket etmekten baş ka, kasıtlı olarak görev ihmali, bilinçli olarak sorumlulukların dikkate alınmaması veya zarar verme niyetiyle hareket etmeyi de kapsadı ğ ı bu davalarla ulaşılan sonuçlardır.

---

<sup>253</sup> Kararın de ğ erlendirmesi için Bkz. **Holland**, s. 695-696; **Furrow**, s. 1067.

<sup>254</sup> **Holland**, s. 696.

<sup>255</sup> **Strine, Leo/ Hamermesh, Lawrence/ Balotti, Franklin R./ Gorris, Jeffrey**; *Loyalty's Core Demand: The defining Role of Good Faith in Corporation Law*, Discussion Paper No. 630, Harvard Law School, 3/2009, (**Loyalty's Core Demand**), s. 629 vd.; **Holland**, s. 696 vd.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında iyiniyetin özen ve sadakat yükümlülüğünün ortak paydası olduğu değerlendirilmesinde bulunmak mümkündür. İyiniyetin olmadığı hallerde, işadamı kararı ilkesinin uygulanmadığı ve sorunun sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirildiği ve hüküm kurulduğunu da söylemek mümkündür<sup>256</sup>. Ancak, iyiniyetten ne anlaşılması gerektiği hususunda sınırları belirli bir tanım vermek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte, normatif düzenlemelerin her tür olasılığı öngörmesinin imkansızlığı da düşünüldüğünde, iyiniyetin şirketler hukuku uygulamasına gerekli olan esnekliği kazandırdığı değerlendirmesinin haklı bir değerlendirme olduğu söylenmelidir<sup>257</sup>.

#### **D. Yönetim Kurulu Üyelerinin Gerekli Bilgileri Edinmiş Olarak Karar Vermesi/ Özen Yükümü**

##### **1. Bilgilenmiş Olmak**

İşadamı kararının unsurları arasında yer alan bu koşul “*due care*” olarak da ifade edilmektedir<sup>258</sup>. *Due care*, karar verme sürecine ilişkin özen borcunu ifade için kullanılmaktadır<sup>259</sup>.

Büyük resme bakıldığında; Amerikan hukukunda, şirketin sevk ve idaresinden sorumlu yönetim kurulu üyelerinin yasal özen yükümlülüğü çerçevesindeki borçları, şirketin yönetimi için karar alma ve şirketin üst gözetim ve denetimi kapsamında ayrı ayrı ele alınır ve incelenir. Özen yükümlülüğünün; şirketin üst gözetim ve denetimine, karar verme sürecine ilişkin borçlar yüklediği kabul edilir<sup>260</sup>.

---

<sup>256</sup> **Strine/ Hamermesh/ Balotti/ Gorris**, *Loyalty’s Core Demand*, s. 629-696.

<sup>257</sup> Bkz. dipnot 229.

<sup>258</sup> **Radin**, s. 308.

<sup>259</sup> “ In the words of Delaware Supreme Court [d]ue care in the decision making context is process due care only”, bkz. **Spamann**, s. 360.

<sup>260</sup> **Eisenberg**, *The Duty of Care*, s. 948.

Özen yükümlülüğünün, karar verme sürecine ilişkin olarak yüklediği borç, yönetim kurulunun karar vermek için önem taşıyan, gerekli ve makul şekilde erişilebilir bilgileri edinmiş olmasını ifade eder<sup>261</sup>. Bu unsur, yönetim kurulu üyesi ya da üyelerinin alınacak bir karar konusunda görüşlerini oluşturmalarının ve bunun şirketin yararına olup olmadığı hususunu değerlendirebilmelerinin de, özen yükümü gereği doğal bir parçası ve gerekliliğidir<sup>262</sup>. Konuya işadamı kararı ilkesi açısından bakıldığında da, Türkçe çevirisine yer verdiğimiz aşağıdaki alıntının konuya yaklaşımın özeti olduğu düşünülebilir:

“Hukuk, yöneticileri cesur kararlar almaktan caydırmaktan kaçınmalı, ancak yöneticileri ödevlerini yapmaktan da caydırmamalıdır”<sup>263</sup>.

Bu konuda akla gelebilecek haklı sorulardan birisi, yöneticilerin sorumluluk doğuran bir duruma sebebiyet vermemek için “dışarıdan uzman görüşü alması gerekir mi?” sorusudur. Amerikan hukukunda bunu zorunlu kılan herhangi bir yasal düzenleme ya da bunu işaret eden bir mahkeme kararı yoktur<sup>264</sup>.

Konuya işadamı kararı ilkesi gereği bakıldığında iki hususu dikkate almak gereklidir. Bunlardan ilki; işadamı kararı ilkesinin sağladığı karine gereği yöneticilerin bilgilenmiş olarak karar vermiş oldukları kabul edilir. Dolayısıyla mahkemelerin işadamı kararının bilgilenmiş olarak alınıp alınmadığını kendiliğinden incelemek yönünde bir yaklaşımlarının olmadığını belirtmek

---

<sup>261</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A. 2d 858, (Del. 1985): “*The determination of whether a business judgment is an informed one turns on whether the directors have informed themselves "prior to making a business decision, of all material information reasonably available to them."*

<sup>262</sup> **Eisenberg**, *The Duty of Care*, s. 958.

<sup>263</sup> “*The law should avoid discouraging directors and officers from making bold decisions, but it should not discourage directors or officers from doing homework*” Bkz. **Eisenberg**, *The Duty Of Care*, s. 965.

<sup>264</sup> “*There is no legal requirement that a board consult outside advisors, so long as the board has adequate information to make an informed judgment.*”, *Chesapeake Corp.v. Shore*, 771 A.2d 293 (Del. Ch. 2000). Benzer yöndeki diğer mahkeme kararları ve yazar tarafından kararlardan yapılan alıntılar için bkz. **Radin**, s. 314-315.

gereklidir. Ancak aksini iddia eden davacıların buna ilişkin deliller sunması ve bu delillerin mahkeme tarafından ciddi bulunması halinde bu husus inceleme konusu yapılabilecektir.

İkincisi ise; işadama kararı ilkesi gereği mahkemeler tarafından kararın içeriğinin makul olma (“*reasonableness*”) açısından bir değerlendirmesinin yapılmaması gereğidir<sup>265</sup>. Bu nedenlerle karar alma sürecine ilişkin bu koşul açısından yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesi ağır ihmalin (*gross negligence*) varlığında söz konusu olmaktadır. Karar verme sürecinin “irrasyonel” olarak tanımlanabilecek nitelikte olmaması gereklidir<sup>266</sup>. Tamamen bir kayıtsızlık veya kasıtlı olarak ihmal bu çerçevede değerlendirilmektedir<sup>267</sup>. Bu nedenle bu konudaki iddiaların dikkate alınması eşiğinin çok yüksek olduğu anlaşılmaktadır<sup>268</sup>.

Yönetim kurulunun karar vermek için önem taşıyan, gerekli ve makul şekilde erişilebilir bilgileri edinmiş olması gerektiği ilk kez Delaware Yüksek Mahkemesi’ nin 1984 tarihinde verdiği *Aronson v. Lewis* davası<sup>269</sup> kararında açıkça bildirilmiştir. Mahkeme bir yıl sonra, 1985 tarihinde verdiği *Smith v. Gorkom* kararında bu yoldaki görüşünü tekrarlamış ve bilgilenmiş olarak karar alma,

---

<sup>265</sup> “*In this manner, the business judgment review standard ("rationality") diverges from, and becomes more lenient than, the normative standard of conduct ("reasonableness")*”. Bu konuda bkz. **Allen, William T./ Jacobs, Jack B. / Strine, Leo E. Jr.**; Realigning The Standards of Review of Director Due Care With Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom And Its Progeny As A Standard of Review Problem, *Northwestern University Law Review*, 449, 2001-2002, (**The Standards of Review**), s. 452.

<sup>266</sup> Bu konuda bkz. **Radin**, s. 313, dipnot 1521’deki mahkeme kararları. Yazar, bu konuda mahkeme kararlarından alıntı yapmaktadır.

<sup>267</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, *The Standards of Review*, s. 453.

<sup>268</sup> Bu konuda bkz. **Radin**, s. 313 ve aynı sayfa dipnot 1522’deki mahkeme kararları. Yazar, bu yoldaki görüşünü mahkeme kararlarından alıntı yaparak desteklemektedir.

<sup>269</sup> *Aronson v. Lewis*, 473 A. 2d 805 (Del. 1984).

işadami kararı ilkesinin zorunlu bir unsuru olarak yerini almıştır<sup>270</sup>. *Smith v. Gorkom* davası taşıdığı önem nedeniyle aşağıda ayrıca ele alınmıştır.

## 2. **Smith v. Gorkom Kararı ve Sonuçları**

*Smith v. Van Gorkom* (“*Trans Union*” olarak da anılmaktadır)<sup>271</sup> kararının verildiği 1985 yılına kadar, özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi pek rastlanırl bir durum değildi<sup>272</sup>. Delaware Yüksek Mahkemesinin 1985 tarihli *Smith v. Van Gorkom* davası kararı ile bu değişmiş oldu. Bu bağlamda, doktrinin *business judgment rule* uygulamasında taşıdığı öneme işaret ettiği *Smith v. Van Gorkom* davası kararı<sup>273</sup> sonuçlarının tez kapsamında ele alınması gereklidir<sup>274</sup>.

Sözü edilen dava; *Trans Union* şirketinin *New T. Company* tarafından satın alınma yoluyla devrine, yönetim kurulu üyelerinin birleşme dokümanlarını görmeden, iki saatlik bir toplantı ile onay vermesine ilişkindir. Birleşme, *Trans Union* icra kurulu başkanı *Van Gorkom*’un, iki saatlik toplantıda, 20 dakikalık sunumu ve verdiği sözlü bilgi ile onaylanmıştır. Delaware Yüksek Mahkemesi, yönetim kurulu üyelerinin, şirketin satın alınma yoluyla devrine yeterli derecede bilgilenmeden onay verdikleri için ağır ihmallerinin olduğunu kabul etmiş ve kişisel olarak sorumlu tutulmalarına ve tazminat ödemelerine karar vermiştir.

---

<sup>270</sup> **Jarusevicius**, s. 33.

<sup>271</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A. 2d, 858 (Del. 1985).

<sup>272</sup> **Palmiter**, s. 255.

<sup>273</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

<sup>274</sup> Davanın önemine dair bkz. **Bauman/ Palmiter/ Partnoy**, s. 691 vd.; **Allen/ Kraakman**, s. 244-247; **Palmiter**, s. 254-255.

Mahkemenin bu kararı ile yeterince bilgilenecek konusunda özen göstermemek ağır ihmal olarak kabul edilmiştir. Bilgilenecek olarak karar almak, işadamı kararı ilkesinin zorunlu bir unsuru olarak yerini almıştır<sup>275</sup>.

Delaware eyalet yasalarında<sup>276</sup> ve daha sonra bir çok eyalet yasasında<sup>277</sup> sorumsuzluk anlaşmaları yapılmasına imkan tanıyan yasal düzenlemelerin *Smith v. Van Gorkom* davasının sonuçlarıyla ilişkilendirildiği görülmektedir.

Mahkemenin sözü edilen kararından sonra, kötü niyetli olmamalarına karşın yönetim kurulu üyelerinin maddi tazminat ödeme riskiyle karşı karşıya kalmaları olasılığının gündeme geldiği ve bunun sonuçlarının değerlendirilmek durumunda kaldığı anlaşılmaktadır<sup>278</sup>. Yüksek mahkemenin *Trans Union* Davası kararından sonra, yönetim kurulu üyelerinin mesleki sorumluluk sigorta bedellerinin yükseldiği ve kişisel olarak sorumlu tutulmak korkusunun yönetim kurulu üyesi olmak konusunda istekliliği azalttığı kaydedilmektedir<sup>279</sup>. Yine Delaware Eyaletinde şirket kurup kurmamak konusunun tartışılır hale geldiği bildirilmektedir<sup>280</sup>.

Bu gelişmeler sonrasında Delaware Eyaletinde, Delaware General Corporation Law<sup>281</sup> a yeni bir hüküm eklenmiştir<sup>282</sup>. Düzenleme, şirketlere ana sözleşme değişikliğine giderek, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünü

---

<sup>275</sup> **Jarusevicius**, s. 33.

<sup>276</sup> **Delaware General Corporation Law** (“Del.GCL”), Section 102 (b) (7).

<sup>277</sup> **New York Business Corporation Law**, Section 402 (b) (1); **Louisiana Laws Revised Statutes**, Section 12 24 (C)(4); **Maryland Code of Maryland Courts and Judicial Proceedings**, Section 5-418(a); **New Jersey Revised Statutes**, Section 14A 2-7(3); **Nevada Revised Statutes**, Section 78 138 (7) (b).

<sup>278</sup> **Jarusevicius**, s. 34.

<sup>279</sup> **Palmiter**, s. 263.

<sup>280</sup> **Jarusevicius**, s. 34; **Moodie**, s. 39-41.

<sup>281</sup> Delaware eyaletinin şirketler hukukuna ilişkin düzenlemelerinin yer aldığı kanun.

<sup>282</sup> Delaware General Corporation Law (Section 102(b)(7)).

ihlal etmiş olmaları halinde bazı istisnalar dışında<sup>283</sup> kişisel sorumluluklarına gidilemeyeceğine dair hüküm, bir diğer ifadeyle sorumsuzluk kaydı (“*exculpatory clause*”), koymalarına imkan tanımaktadır<sup>284</sup>.

Delaware Eyaletinin yasal düzenlemesinin hemen akabinde New York<sup>285</sup>, Louisiana<sup>286</sup>, Maryland<sup>287</sup>, New Jersey<sup>288</sup>, Nevada<sup>289</sup> eyaletlerinde de benzer yasal düzenlemelere gidildiği anlaşılmaktadır. Delaware Eyaletinde yapılan yasal düzenlemelerde sorumsuzluk kayıtlarının sadece şirket yönetim kurulu üyeleri için konulabilmesine imkan tanınırken; Louisiana<sup>290</sup>, Maryland<sup>291</sup>, New Jersey<sup>292</sup>, Nevada<sup>293</sup> eyaletlerinde yapılan yasal düzenlemelerde bir adım daha ileri gidilerek

---

<sup>283</sup> Delaware General Corporation Law (Section 102(b)(7)’de bildirilen durumlar için yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun sınırlandırılması veya kaldırılmasını içeren sorumsuzluk kaydının konulamayacağı ifade edilmektedir. Bu haller; “... (i)Yönetim kurulu üyesinin şirkete veya pay sahiplerine olan sadakat yükümünü ihlal etmesi; (ii) iyiniyetli olmayan bir davranış veya ihmalde bulunulması, görevin bilinçli suiistimali veya yasaların bilinçli olarak ihlal edilmesi; (iii) usulsüz olarak kar payı ödenmesi; usulsüz pay satın alımı veya itfası; usulsüz sorumluluktan ibra, yönetim kurulu üyelerine usulsüz ödemeler ve halefiyetten kaynaklanan sorumluluklar; (iv) yönetim kurulu üyesinin sonucunda uygunsuz kişisel menfaat sağladığı her hangi bir ticari işlem” olarak sayılmaktadır.

<sup>284</sup> **Bauman/ Palmiter/ Partnoy**, s. 691, **Palmiter**, s. 263; **Allen/ Kraakman**, s. 246-247.

<sup>285</sup> New York Business Corporation Law Section 402(b)(1).

<sup>286</sup> Louisiana Laws Revisited Statutes Section 12:24(C)(4).

<sup>287</sup> Maryland Code of Maryland Courts and Judicial Proceedings Section 5-418(a).

<sup>288</sup> New Jersey Revised Statutes 14 A:2-7(3).

<sup>289</sup> Nevada Revised Statutes 78. 138(7)(b).

<sup>290</sup> Bkz. dipnot 286.

<sup>291</sup> Bkz. dipnot 287.

<sup>292</sup> Bkz. dipnot 288.

<sup>293</sup> Bkz. dipnot 289.

sorumsuzluk kayıtlarının şirket yönetim kurulu üyeleri<sup>294</sup> yanında, yöneticileri<sup>295</sup> de kapsayacak şekilde belirlenebilmesine olanak tanınmıştır<sup>296</sup>.

## II. İŞADAMI KARARI İLKESİNİN SAĞLADIĞI KARİKENİN UYGULANMAYACAĞI HALLER ve MAHKEMELER TARAFINDAN KULLANILAN İNCELEME YÖNTEMLERİ

### A. İşadamı Kararı İlkesinin Sağladığı Karinenin Uygulanmayacağı Haller

Karinenin kalkacağı, dolayısıyla mahkemenin araştırmasını genişleteceği haller; sadakat yükümlülüğün ihlali, iyiniyetli olmamak, kararın bilgilenmemiş olarak alınması, gözetim yükümlülüğünün ihlali, kanun dışı amaçla hareket etmek başlıkları altında toplanabilir. İyiniyetli olmamak ve kararın bilgilenmiş olarak alınması konusundaki açıklamalara ilkenin unsurları ele alınırken yer verilmiştir. Tekrardan kaçınmak amacıyla aşağıda sadakat yükümlülüğünün ihlali, gözetim yükümlülüğünün ihlali, kanun dışı amaçla hareket etmek başlıkları altında açıklamalara yer verilmiştir.

---

<sup>294</sup> Amerikan şirketler hukukunda yönetim kurulu üyelerini ifade için “*director*” sözcüğü kullanılmaktadır. “*Director: A person appointed or elected to sit on a board that manages the affairs of a corporation or other organization by electing and exercising control over its officer*”, Bkz. **Garner**, Black’s Law Dictionary, s. 492.

<sup>295</sup> Amerikan şirketler hukukunda, şirket yönetim kurulu üyeleri dışındaki yöneticiler için “*officer*” sözcüğü kullanılmaktadır.

“*Officer: In corporate law, the term refers esp. to a person elected or appointed by the board of directors to manage the daily operations of a corporation*”, Bkz. **Garner**, Black’s Law Dictionary, s. 1117.

<sup>296</sup> **Jarusevicius**, s. 34-35; sorumsuzluk anlaşmaları ve genel olarak da şirketler hukuku düzenlemelerinde eyaletler arasında bir rekabet olduğu görüşü ve bunun vergi gelirleri ile ilişkisi için bkz. **Moodie, Gordon.**; Forty Years of Charter Competition: A Race to Protect Directors From Liability?, Discussion Paper 1, 09/2004, Harvard Law School, Cambridge, s. 1 vd.

## 1. Sadakat Yükümlülüğünün İhlali

Genel anlamda sadakat yükümlülüğü, yönetim kurulu üyelerinin, şirket çıkarlarını koruma yükümlülüğünü ifade eden, şirket çıkarlarının kendi çıkarlarıyla karşı karşıya geldiği durumlarda da şirket çıkarlarını kendi çıkarlarından üstün tutmalarını da kapsayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>297</sup>. Kişisel çıkar temin etmek amaçlı hareket etmek sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilir. Ancak sadece bununla sınırlı değildir. Sadakat yükümlülüğünün kapsamı oldukça geniştir. Yükümlülük, şirket sermayesi ve kaynaklarının nasıl kullanıldığı ile de yakından ilişkilidir.

Ultra vires ilkesinin ihlali (*flagrant diversion*)<sup>298</sup>, şirket yöneticilerinin bizzat kendilerinin (*direct self-interest*)<sup>299</sup> ya da yakınlarının yararına menfaat sağlamak amaçlı olarak yaptıkları hukuki işlem ve sözleşmeler (*indirect self-dealing*)<sup>300</sup>, onaylanıncaya kadar yöneticilerin mali hakları ve harcamaları (*executive compensation*)<sup>301</sup>, rekabet yasağının ihlali (*usurping corporate opportunity*)<sup>302</sup>, genel kurulda oylanacak hususlarda pay sahiplerine yanlış ya da eksik bilgi sunmak (*disclosure to shareholders*)<sup>303</sup>, şirket sırlarının ticari amaçla kullanılması (*trading on inside information*)<sup>304</sup>, yönetim kurulunun kontrolünün ele geçirilmesini sağlamak amaçlı pay satımları (*selling out*)<sup>305</sup>, düşmanca ele geçirmelerde (*hostile takeover*) kanun çerçevesinde hareketsiz kalmak ya da bu

---

<sup>297</sup> **Palmiter**, s. 222-223.

<sup>298</sup> **Palmiter**, s. 58; bkz. MCBA 3.04 (b)(2), Del. GCL 124(2).

<sup>299</sup> **Palmiter**, s. 278; **Smith, Gordon D./ Lee, Jordan C.**, Fiduciary Discretion, Ohio State Law Journal, Vol. 75:3, 2014, s. 621; bkz. MCBA 8.60 (1) (i), (ii).

<sup>300</sup> **Palmiter**, s. 278; bkz. MCBA 8.60 (1) (i), (3), (ii).

<sup>301</sup> **Palmiter**, s. 301-303.

<sup>302</sup> **Palmiter**, s. 335-345; **Smith/ Lee**, s. 633-634.

<sup>303</sup> **Palmiter**, s. 199 vd.

<sup>304</sup> **Palmiter**, s. 473 vd.

<sup>305</sup> **Palmiter**, s. 420 vd.

konuda yetkilerini kullanmamak (*entrenchment*)<sup>306</sup>, sadakat yükümlüğünün (*duty of loyalty*) ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Şirket ana sözleşmelerine konulabilecek ve güvene dayalı yükümlülüklerin ihlali nedeniyle yöneticilerin kişisel sorumluluğunu sınırlandıran ya da ortadan kaldıran sorumsuzluk kayıtları, sadakat yükümlülüğünü ihlal halini de kapsayacak şekilde belirlenmemektedir<sup>307</sup>.

## 2. Gözetim Yükümünün İhlali

Sadakat yükümlülüğünün, gözetim yükümünü de içerdiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, gözetim yükümünün yerine getirilmemesi sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir<sup>308</sup>. Gözetim yükümü, yönetim kurulu toplantılarına katılmayı, şirketin faaliyetleri ile ilgili önemli verilerin takibini, bu takip ve kontrolü gerçekleştirebilmek için bilgi ve raporlama sistemi kurmayı da içerir.

Gözetim yükümünün ihlalinin, hatalı bir işadımı kararından ziyade, şirketin denetimi ve dolandırıcılık türünden eylemlerin tespit edilememesi nedeniyle sorumluluğa neden olduğu anlaşılmaktadır. 1981 tarihli *Francis v. United Jersey Bank*, 1996 tarihli *Caremark* ve 2006 tarihli *Stone v. Ritter* kararları Amerikan hukukunda doktrinin, yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümünün kapsamının tespiti konusunda incelediği ve değerlendirdiği, önemli sonuçları olan davalardır.

---

<sup>306</sup> *Palmiter*, s. 765 vd.

<sup>307</sup> Delaware General Corporation Law (Section 102(b)(7): “[a] provision elimination or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director’s duty of loyalty to the corporation or its stockholders...”

<sup>308</sup> *Stone v. Ritter*, Supreme Court of Delaware, Nov 6, 2006, 911 A.2d 36 (Del. 2006): “because a showing of bad faith conduct, in the sense described in *Disney* and *Caremark*, is essential to establish director oversight liability, the fiduciary duty violated by that conduct is the duty of loyalty”

Gözetim yükümü kapsamında ele alınan ve önem taşıyan davalardan görece en eski tarihli olan ve doktrinde sıkça atıfta bulunulan *Francis v. United Jersey Bank* Davası kararıdır<sup>309</sup>. Bu nedenle dava içeriğinden önemli noktalarıyla bahsetmenin uygun olacağı kanaatindeyiz<sup>310</sup>.

*Pritchard & Baird, Inc.* (“*Pritchard & Baird*”), reasürans şirketleri ile sigorta şirketlerinin arasında sözleşmeler düzenleyen reasürans komisyonculuğu işi yapan bir şirkettir. 1964 yılı itibarıyla, *Pritchard & Baird*'in tüm hisseleri, şirketin kurucularından biri olan Charles Pritchard, karısı Lillian Pritchard (“Bayan Pritchard”) ve iki oğlu; Charles Jr. Pritchard ve William Pritchard' a aittir. Şirketin yönetim kurulu da bu kişilerden oluşmaktadır. Charles Pritchard, hastalandığı ve iki oğlunun işin yönetimini devraldığı 1971 yılına kadar şirkete hükmetmiştir. Charles Pritchard, 1973'te ölmüş ve şirkette yönetici olarak Bayan Pritchard ve oğullarını bırakmıştır.

Sektör uygulamasının aksine, *Pritchard & Baird*, işletme fonlarını müşterilerinin fonlarından ayırmayıp, bunun yerine tüm fonları aynı hesaba yatırmıştır. Bu hesaptan Charles Pritchard, kurumsal kârlarla ilişkili olan ve her yılın sonunda geri ödenen "krediler" (“*loans*”) çekmiştir. Ölümünden sonra, oğulları Charles Jr. ve William, kârı büyük ölçüde aşan daha büyük meblağlar çekmeye başlamışlardır. Bunu, prim aldıkları zaman ile reasüröre iletmek zorunda kaldıkları zaman arasındaki süre boyunca kullanabilecekleri “geçici” (“*float*”) durumdan yararlanarak yapabilmişlerdir. Nihayetinde şirket 1975 yılında iflas etmiştir.

İflas idaresi, "hissedar kredileri" kisvesi altında zimmete geçirilen 10 milyon dolardan (\$) fazla müşteri fonunu tazmin etmeleri için Pritchard ailesi

---

<sup>309</sup> *Francis v. United Jersey Bank*, 432 A.2d 814 (NJ. 1981).

<sup>310</sup> Davanın inceleme ve değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Kraakman, R./ Kesten, J;** *The Story of Francis v. United Jersey Bank: When a Good Story Makes Bad Corporate Law Stories* (J. Mark Ramseyer, ed. 2009), s. 163-186.

üyelerine karşı dava açılmasına karar vermiştir. Başlangıçta şirketin üç yönetim kurulu üyesine (anne ve oğullardan oluşan) karşı davalar açılmış ancak, Pritchard kardeşler, haklarında kişisel iflas kararları verildikten sonra davadan çıkarılmışlardır. Lillian Pritchard, davalı sıfatıyla davanın tek muhatabı olmuştur. Bayan Pritchard, *Pritchard & Baird*'in işinde aktif değildir ve şirketin işleri ve ilişkileri konusunda neredeyse hiçbir şey bilmemektedir.

Mahkeme, Bayan Pritcher için yapılan "basit bir ev kadınıydı", "yaşlı olduğu, kocasını kaybetmesi nedeniyle kedere boğulduğu, bazen çok fazla alkol tükettiği" şeklindeki, onu temize çıkarmak isteyen ifade ve savunmaları reddetmiştir. Kararında Mahkeme Yargıç Stanton, bu eski ve kederli tartışmayı kabul etmenin "kadınların temel haysiyetine ve eşitliğine aykırı, hakaret niteliğinde olduğu" yolundaki görüşünü beyan etmiştir. Bayan Pritcher'ın gerekli özeni göstermiş olsaydı suistimali kolayca keşfedebileceğini ve yanlış durdurmak için kolayca etkili adımlar atabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, Bayan Pritchard "şirketin işlerine en ufak bir ilgi göstermiş olsaydı, ne olduğunu bilecekti" kararına varmıştır.

Sonuç olarak, Bayan Pritchard, görevlerini yerine getirmek konusunda "ihmalî bulundu". Mahkeme, bu bulgulara dayanarak Bayan Pritchard'ı, Pritchard ailesinin üyelerine uygunsuz bir şekilde ödenen 10 milyon dolarlık "kredilerden" sorumlu tuttu. Kararın temyizinde New Jersey Yüksek Mahkemesi, Bayan Pritchard'ın bir yönetici olarak sorumlu tutulması yönündeki kararı onayladı. *Francis v. United Jersey Bank* davası kararı ve değerlendirmelerinden çıkarımla gözetim yükümü konusunda aşağıda yer vereceğimiz sonuçlara ulaşmak mümkündür.

Şirket yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerinin şirketin faaliyetleri hakkında sürekli bilgi sahibi olma yükümü bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin günlük işler konusunda detaylı bilgi edinmeleri gerekmez de, şirketin faaliyetleri ve gidişatı konusunda gözetim yükümleri vardır. Gözetim

yükümü kapsamında yöneticilerin, mali tabloları düzenli olarak gözden geçirerek şirketin mali durumuna aşinalıklarını korumaları gerekmektedir. Mali tabloların niteliği ve sıklığı kadar, incelemenin kapsamı da sektör gelenekleri yanında, şirketin yapısına ve faaliyet konusu işe bağlıdır. Mali tabloların şirketin yapısına göre farklılıklar arz edebileceği kaydıyla, genel olarak, yöneticilerin, iyiniyetle, bir avukatın veya mali müşavirin görüşüne veya şirket ile ilgili mali verileri belirten yazılı raporlara güvenmeleri halinde sorumluluklarını gerektiren bir durumla karşılaşmayacakları anlaşılmaktadır<sup>311</sup>.

*Francis v. United Jersey Bank* davası kararı ile gözetim yükümüne ilişkin olarak yukarıda bildirdiğimiz çıkarımlar yanında, genel bir kural olarak da şirket yöneticilerinin, sahip olmaları gereken bilgiye sahip olmadıkları şeklinde bir savunma yapmalarının olanaklı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Yöneticilerin yürütülen işin esaslarına aşina olmaları gerektiği ve bunun özen yükümlülüğünün gereği olduğu değerlendirilmiştir. Yöneticilik yapmak için yeterli deneyime ve özelliklere sahip olunmadığında bu tür görevlerin üstlenilmemesi gerektiği bildirilmektedir<sup>312</sup>.

Gözetim görevinde sorumluluk kriterlerini tespit etmek açısından önem taşıyan diğer iki dava 1996 karar tarihli *Caremark* davası<sup>313</sup> ve 2006 karar tarihli *Stone v. Ritter*<sup>314</sup> davası kararlarıdır. Delaware Court of Chancery, *Caremark* davası kararında; gözetim yükümlülüğünün sürekli ve sistemli bir şekilde ihmal edilmesi, bundan kaçınılmasının kötüniyetli hareket edildiğini gösterdiği, ki bunun da sorumluluk doğurduğu sonucuna varmıştır<sup>315</sup>. Karar temyiz edilmemiştir.

---

<sup>311</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 249-252; **Bauman/ Palmiter/ Partnoy**, s. 643-650.

<sup>312</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 253.

<sup>313</sup> *Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

<sup>314</sup> *Stone v. Ritter*, 911 A. 2d 362 (Del. 2006).

<sup>315</sup> **Strine/ Hamermesh/ Balotti/ Gorris**, *Loyalty's Core Demand*, s. 686.

Delaware Yüksek Mahkemesi (*Delaware Supreme Court*), *Stone v. Ritter* davası kararında<sup>316</sup>; *Caremark* davasında ifade edilen standartları<sup>317</sup> onayladığını bildirmiştir. Dava, *Caremark* davasından farklı olarak, mahkemenin gözetim yükümünün ihlalinde standartları daha açık olarak ifade ettiği bir dava olarak değerlendirilmektedir. Mahkeme, *Stone v. Ritter* davası kararında; yönetim kurulunun, raporlama, bilgi sistemi ve kontrolünü uygulamakta tamamen başarısız olduğunu tespit ile, şirketin faaliyetlerini izleyemedikleri ve dolayısıyla denetleyemedikleri için de kendilerini devre dışı bıraktıklarına karar vermiştir. Bilgi sisteminin kurulmamasının veya kurulmuş olmasına rağmen bilinçli olarak izlenmemesi ve denetlenmemesi halinin, her iki durumda da, yöneticilerin güvene dayalı yükümlülüklerini yerine getirmediğini kabul etmeyi gerektirdiği ifade edilmiştir<sup>318</sup>. Kararda, yöneticilerin gözetim yükümünü yerine getirdiklerini kabul için gerekli koşulların sağlanmadığı bildirilmiştir. *Caremark* davasında da, *Stone v. Ritter* davasında da gözetim yükümünü yerine getirmemenin, kötüniyetli hareket edildiğini gösterdiği kabul edilmiş ve sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>319</sup>.

Sözü edilen davalar kapsamında yapılan değerlendirmelerden, bir şirkette üst yönetime ve yönetim kuruluna şirketin faaliyetleri hakkında bilgi sağlamak üzere tasarlanmış bilgi ve raporlama sistemlerinin mevcut olduğundan emin olunmadan, gözetim yükümlülüğünün yerine getirildiğinin kabul edilemeyeceği

---

<sup>316</sup> Bkz. dipnot 311.

<sup>317</sup> “assure that a corporate information gathering and reporting system] exists which represents a good faith attempt to provide senior management and the Board with information respecting material acts, events or conditions within the corporation, including compliance with applicable statutes and regulations.”, *Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

<sup>318</sup> *Stone v. Ritter*, 911 A. 2d 362 (Del. 2006).

<sup>319</sup> *Stone v. Ritter*, 911 A. 2d 362 (Del. 2006); *Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

anlaşılmaktadır<sup>320</sup>. Bilgi ve raporlama sistemleri, şirket faaliyetlerine ilişkin bilgilerin içerdiği özelliklerine uygun olarak tasarlanmış olmalıdır. Bu bilgilerin her birinin kendi kapsamı dahilinde, yönetim ve yönetim kurulunun hem şirketin yasalara uyumu hem de iş performansı ile ilgili yargılara ulaşmasını sağlayacak şekilde yeterli, zamanında ve doğru bilgiler olması gerekmektedir. Böyle bir bilgi sistemi için uygun olan ayrıntı seviyesi sektör gelenekleri yanında, şirketin yapısına ve faaliyet konusu işe bağlıdır. Bu hususlar dikkate alınarak rasyonel olarak tasarlanmış hiçbir bilgi ve raporlama sistemi, şirketin yasa veya yönetmelikleri ihlal etme olasılığını tamamıyla ortadan kaldırmayabilir<sup>321</sup>. Ancak, şirketin bilgi ve raporlama sisteminin uygun bilginin, yönetim kurulunun dikkatine zamanında gelmesini sağlamak için yeterli konsept ve tasarıma sahip olması, yönetim kurulunun gözetim yükümü ihlali kapsamında yapılacak hukuki sorumluluk değerlendirmesinde mahkeme tarafından dikkate alınacak bir husustur<sup>322</sup>. Raporlama ve bilgi edinme sisteminin kurulmamış olması veya bunların izlenmesi ve kontrolünün bilinçli bir şekilde veya kusurlu olarak yapılmamış olması yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümünün ihlali olarak değerlendirilecek ve sorumluluğu sonucunu doğurabilecektir<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 271; **Strine/ Hamermesh/ Balotti/ Gorris**, *Loyalty's Core Demand*, s. 685-690; **Bauman/ Palmiter/ Partnoy**, s. 654-655.

<sup>321</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 271.

<sup>322</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 270-271; **Strine/ Hamermesh/ Balotti/ Gorris**, *Loyalty's Core Demand*, s. 685-690.

<sup>323</sup> *Stone v. Ritter*, 911 A. 2d 362 (Del. 2006).

### 3. Kanuna Aykırılık (illegality) ve Kanunun Haksız Fiil/ Suç Saydığı Haller (fraud)

Bu konuda mahkemelerin genel yaklaşımı, yönetim kurulu üyelerinin kanunun açık düzenlemelerine uymak zorunluluğu olduğu yönündedir<sup>324</sup>. Kanunun yasakladığı eylemlerle, şirketin kâr maksimizasyonunun sağlanması gibi bir neden, işadamı kararı ilkesi ve onun koruması kapsamında değerlendirilmemektedir<sup>325</sup>.

Alınan işadamı kararı, kanunun yasakladığı iş ve eylemleri içeriyor veya bu amaca hizmet ediyorsa bu halde; konunun, ihlal edilen kanunun ilgili hükümleri gereğince değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ceza hukukunda hile, sahtecilik ya da dolandırıcılık olarak tanımlanan suçlar ve hukuk yargılamasında bu türden haksız fiiler (“*fraud*”)<sup>326</sup> bu kapsamdadır<sup>327</sup>.

Alınan kararın bunun dışında kaldığı hallerin nasıl değerlendirileceği sorusu önemlidir. Alınan karar suç/haksız fiil tanımı içinde kalmıyor ya da diğer yasal düzenlemelere ve sınırlamalara açıkça aykırı olmamakla birlikte, ihlal oluşturma olasılığı taşıyorsa, başka bir ifade ile siyah veya beyaz olarak tanımlanamıyor ve gri alanda kalıyorsa ve ihlal bu şekilde gerçekleşmişse bu konuda yaklaşım nasıl olacaktır? Öğretiye göre, hukuk ihlalini bilerek (“... ‘*knowing*’ *violations law*”)<sup>328</sup>, hareket etme, işadamı kararı ilkesinin uygulama bulup bulmayacağı konusunda bir ayırım oluşturmaktadır<sup>329</sup>. Dolayısıyla hukuk

---

<sup>324</sup> *Miller v. American Telephone Telegraph Co.*, 507 F. 2d 759 (3rd Cir. 1974); Amerikan Temyiz Mahkemesi, yönetim kurulu üyelerinin kanuna uygun hareket etme yükümü bulunduğunu ve kanunun açık düzenlemelerinin ihlalinin işadamı kararı ilkesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme kararının özeti ve değerlendirmesi için bkz. **Allen/ Kraakman**, s. 278-281.

<sup>325</sup> **Palmiter**, s. 250.

<sup>326</sup> Kavramın açıklaması için bkz. **Garner**, *Black’s Law Dictionary*, s. 685-687.

<sup>327</sup> **Palmiter**, s. 249.

<sup>328</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 277.

<sup>329</sup> **Allen/ Kraakman**, s. 277-281.

ihlalini bilmeden hareket etme durumlarında ve ihmal sınırları içinde değerlendirilebilecek bir durumun varlığında işadamı kararı ilkesinin uygulama bulması söz konusu olabilecektir<sup>330</sup>.

## **B. Mahkemeler Tarafından Kullanılan Yargısal İnceleme Yöntemleri**

Mahkemeler tarafından kullanılan yargısal inceleme yöntemleri, yönetim kurulu üyelerine karşı açılan hukuki sorumluluk davalarında, ilk etapta iş adamı kararı ilkesinin koşullarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin, ve davacılar tarafından sunulan deliller ile gerçekleşmediği yönünde makul şüphe yaratılabilirse, bu kez yönetim kurulunun özen ve sadakat yükümünün ihlal edilmediğinin araştırılması amacıyla mahkemeler tarafından kullanılan değerlendirme yöntemleridir.

Bu konuda yapacağımız açıklamalara geçmeden önce, yönetim kurulu üyelerinin güvene dayalı yükümlülüklerinin ihlali kaynaklı sorumluluk davalarındaki yargısal inceleme yöntemlerinin yargıçların bir karara varmak için kullandıkları “analitik testler” olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmek gereklidir<sup>331</sup>. Mahkemeler tarafından kullanılan yargısal inceleme yöntemleri, esasa ilişkin hukukun uygulanmasını sağlamaya dönük analitik testler olarak düşünülmelidir. Bu testler, ispat yükü ve ispat yükünün yer değiştirmesi gibi hususlarda usuli özellikler taşır ancak, bunlarla sınırlı özellikler içermez. Dolayısıyla, somut olayın içeriğine göre hakimin belirleyeceği “test” olarak tabir edilen farklı yöntemler kullanılmasını gerektirir. Bu özellikleriyle yapının kompleks ve sınırlarının belirlenmesinin zor olduğu söylenmelidir. Bu konuda

---

<sup>330</sup> **Jarusevicius**, s. 29-30; **Palmiter**, s. 250; ayrıca bkz. *Biren v. Equality Emergency Medical Group Inc.*, 102 Cal. App. 4th (2002): “*unless they knew their acts were illegal or they ‘knowingly committed acts outside the scope of their authority.’*”

<sup>331</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, *Function Over Form*, s. 867.

belirtilmesi gereken temel husus, analitik yöntemlerin, mahkemeler tarafından geliştirildiği, dolayısıyla değişim ve gelişim içinde olduğudur<sup>332</sup>. Somut olayın özelliklerinin gerektirmesi halinde farklı inceleme yöntemlerinin oluşturulmasına da imkan sağlamasıdır. Mahkemeler tarafından kullanılan yargısal inceleme yöntemlerine geçmeden konunun içerdiği özellikler konusunda bilgi verilmesi uygun olacaktır.

Amerikan hukukunda, mahkemelerin yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken normatif olarak uymaları beklenen davranış standartlarını ifade etmek için davranış standardı (“*standard of conduct*” veya “*conduct rules*”) terimi kullanılmaktadır<sup>333</sup>. Konumuz açısından bakıldığında; davranış standardı, yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümleri kapsamında kendilerinden beklenen davranış yükümlerini ifade için kullanılmaktadır. Mahkemelerin şirket yöneticilerinin güvene dayalı yükümlülüklerini ihlal edip etmediklerini belirleme yöntemlerini ifade için ise yargısal inceleme standartları<sup>334</sup> (“*judicial standards of review*” veya “*decision rules*”) terimi kullanılmaktadır<sup>335</sup>.

Çok soyut olan konunun okuyucunun zihninde somutlaştırılabilmesi için genel ve basit bir örnek vermenin uygun olacağı kanaatindeyiz. Örneğin, trafikte otomobil sürücüleri için davranış standardı, dikkatli araba kullanılması gerektiğidir. Sürücüye karşı bir sorumluluk iddiasında, yargısal inceleme standardı ise sürücünün dikkatli araba kullanıp kullanmadığını ortaya koyan hususların incelenmesidir. Başka bir ifade ile davranış standardı, sürücüye yönelik davranış

---

<sup>332</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, Function Over Form, s. 859-895; **Eisenberg**, The Divergence of Standards, s. 438 vd.

<sup>333</sup> **Eisenberg**, The Divergence of Standards, s. 437.

<sup>334</sup> Bu bölümde yapacağımız açıklamalarda, “*judicial standards of review*” veya “*decision rules*” kavramlarını ifade için “yargısal inceleme standardı”, “yargısal inceleme yöntemi” veya aynı anlamı ifade etmek üzere “inceleme standardı” kavramları kullanılacaktır.

<sup>335</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, Function Over Form, s. 867.

kurallarıdır. İnceleme standartları ise yargıçlara yönelik karar kurallarıdır. Aynı örnek üzerinden devam etmek gerekirse, “arabayı dikkatli kullanma” kendi içinde farklı anlamlar yüklenebilecek bir davranış yükümlülüğü olmasına karşın, buna imkan bırakmayacak şekilde hukuki normlarla düzenlenmiştir. Hız limitleri, kırmızı ışıkta durmak zorunluluğu vb. Dolayısıyla yargıç sorumluluk iddiasını değerlendirirken, bütün bu hukuki düzenlemeleri dikkate alarak, diğer bir deyişle hukukten belirlenmiş bu kriterlerin varlığını araştırarak, bir inceleme yöntemi uygulayacak ve bir karar verecektir. Terimlerin okuyucunun zihninde daha somutlaştığı fikriyle, yönetim kurulu üyelerinin güven yükümlülükleri ve işadamı kararı ilkesi özelinde konuya bakıldığında aşağıda bildirdiğimiz hususların altını çizmek gereklidir.

Amerikan hukukunda, hukukun pek çok alanında, beklenen davranış standartları ile, yargısal inceleme standartlarının tek ve aynı olma eğilimi taşıdıkları ancak, şirketler hukukunda iki standardın genellikle birbirinden farklı olduğu ifade edilmektedir<sup>336</sup>.

Yönetim kurulu üyelerinin güvene dayalı yükümlülükleri kapsamında davranış standartlarının belirlenebilmesi açısından konuya bakıldığında, güvene dayalı yükümlülüklerin son derece genel olan yapısı ve yargı kararları ve uygulamaları ile somutlaştırılıyor olmasının bu konudaki temel zorluk olduğu görülmektedir<sup>337</sup>. Yargıçlar tarafından farklı testler geliştirilmesi zorunluluğu, güvene dayalı yükümlülüklerin genel olan yapısının, ticaret yaşamının karmaşık, kompleks işlemleri yanında, şirket devralmaları gibi ticari strateji içeren olgularda düzenleyici kurallar oluşturmak konusunda kusurlu bir araç olması ile açıklanır<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> Eisenberg, The Divergence of Standards, s. 438 vd.; Allen/ Jacobs/ Strine, Function Over Form, s. 868.

<sup>337</sup> Allen/ Jacobs/ Strine, Function Over Form, s. 867.

<sup>338</sup> “The difficulties with the common law case-by-case form of fiduciary regulation are several. By its nature fiduciary duty law is an imperfect tool to forge rules to regulate a phenomenon as complex and policy-laden as corporate takeovers. Being highly general, prospective statements of the content

Nitekim bu nedenlerle, son derece genel olan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun içeriğine ilişkin düzenlemelerin, yargı kararlarından hukuki öngörülebilirlik bekleyen uygulayıcılara sınırlı bir rehberlik sunduğu değerlendirilmesi yapılır<sup>339</sup>.

İşadamı kararı ilkesinin uygulama bulduğu durumlardaki yargısal incelemenin de, beklenen davranış standartları ile yargısal inceleme standartlarının ayrıldığı bir durum olduğu bildirilir. Bu perspektifle yapılan değerlendirmede, “işadamı kararı ilkesi ve bu yargısal inceleme standardının geçerli olduğu durumlarda, karar rasyonel olduğu sürece, şirkete zarar veren bir karardan - makul olmasa bile - sorumlu tutulamaz. Bu gözden geçirme bağlamında, işadamı kararı standardı (“rasyonellik”), beklenen davranışların normatif standardından (“makullük”) farklılaşır ve daha yumuşak hale gelir.”<sup>340</sup> denilir.

Bunun gerisinde ülkenin ekonomik temelli politik tercihlerinin yattığı ifade edilir. Amerika Birleşik Devletleri’nin, liberal ekonomi modeline sahip olması ve bu tür ekonomi modelinde, birincil belirleyen olmamakla birlikte, yasal düzenleme ve uygulamaların ticari işletmeleri nasıl organize ve koordine ettiğinin önemine işaret edilir. Sermaye kaynağı oluşturulmasında anonim şirketlerin taşıdıkları değer

---

*of fiduciary duties offer limited guidance to transaction planners who seek legal certainty from authoritative judicial decisions.”, Allen/ Jacobs/ Strine, Function Over Form, s. 866.*

<sup>339</sup> Allen/ Jacobs/ Strine, Function Over Form, s. 866.

<sup>340</sup> Burada işadamı kararı standardı olarak ifade ettiğimiz “the business judgment standard” yargısal bir inceleme standardıdır. “Where the business judgment standard applies, a director will not be held liable for a decision -even one that is unreasonable -that results in a loss to the corporation, so long as the decision is rational. In this review context, the business judgment standard (“rationality”) diverges from, and more lenient than, the normative standard of expected conduct (“reasonableness”).”, bkz. Allen/ Jacobs/ Strine, Function Over Form, s. 868.

ve bu yapıların toplumsal zenginliğin yaratılması, dolayısıyla toplumsal refahın sağlanmasına katkısından bahsedilir<sup>341</sup>.

Nitekim yukarıda bildirdiğimiz bakış açısı ile yapılan değerlendirmelerde, işadamı kararı ilkesinin varlığının gerisindeki hukuki nedenlere de işaret edilerek, esasen bunun bir şirketler hukuku rejimi olduğuna vurgu yapılır. Mahkemeler tarafından ikinci bir tahminde bulunulmasının istenmemesi ya da bunun kısıtlanması yönündeki ekonomik politik tercihlerin varlığına dikkat çekilir. Mahkemelerin yargısal inceleme standartlarının da, yöneticilerin risk almasını engelleyebilecek hatalı yargı kararlarının azaltılması için bir mekanizma işlevi gördüğü söylenir<sup>342</sup>.

Delaware mahkemelerinin yönetim kurulu üyelerinin güvene dayalı yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini değerlendirmek amacıyla uygulamış olduğu yargısal inceleme yöntemleri üç temel başlık altında toplanmaktadır<sup>343</sup>. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, güvene dayalı sorumluluk davalarında mahkemeler tarafından geliştirilen inceleme standartları, mahkemeler tarafından bir karara varmak için geliştirilen analitik testler gibi düşünülmelidir. Ölçütler arasındaki temel farklar aşağıda genel hatları ile ele alınacaktır. Delaware hukukunda uygulanan üç temel yargısal inceleme standardı<sup>344</sup>; işadamı kararı yargısal incelemesi (“*business judgment standard*” veya “*business judgment rule*”),

---

<sup>341</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, Function Over Form, s. 859-861; ayrıca bkz. Çalışmanın I. Bölümünde, “İlkenin Uygulama Gerekçeleri” başlığı altında yapılan açıklamalar.

<sup>342</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, Function Over Form, s. 869-870.

<sup>343</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, Function Over Form, s. 890.

<sup>344</sup> “*Delaware has three tiers of review for evaluating director decision-making: the business judgment rule, enhanced scrutiny, and entire fairness.*”, *Reis v. Hazelett Strip -Casting Corp.*, 28 A. 3d 442, 457 (Del.Ch. 2011).

tam uygunluk incelemesi<sup>345</sup> (“*entire fairness*”), sıkılaştırılmış inceleme ölçütü (“*enhanced scrutiny*”) hakkında aşağıda bilgi verilmiştir.

## 1. İşadamı Kararı Yargısal İncelemesi - Standart İnceleme Yöntemi (Business Judgment Review)

İşadamı kararı yargısal incelemesi (*business judgment review standard*), Delaware hukukunda, varsayılan (*default*) inceleme yöntemidir<sup>346</sup>. İşadamı kararı ilkesi, birinci bölümde de ifade ettiğimiz üzere, işadamı kararının; bağımsız ve çıkarı olmadan, bilgilenmiş olarak ve alınan kararın şirketin yararı için en iyi karar olduğuna dair dürüst bir inançla hareket edildiği konusunda, yönetim kurulu üyeleri lehine aksi ispat edilebilen bir karine sağlar<sup>347</sup>. İlkenin varoluş sebebi ve korumaya çalıştığı yarar sebebiyle ilke, alınan karar ve dolayısıyla da yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları açısından bir koruma kalkını işlevi görür. Bu nedenle de, ilke gereği yönetim kurulu üyelerinin güvene dayalı yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğu var sayılır. Dolayısıyla, davada ispat yükü bunun aksini iddia eden davacılara aittir<sup>348</sup>. Eğer, işadamı kararı ilkesinin unsurlarının sağlanmadığı

---

<sup>345</sup> “*Entire fairness*” sözcüğünün çevirisi doktrinde farklı şekillerde çevrilmiştir. “dürüstlük/hakkaniyet inceleme kuralı” olarak kullanımı ve çevirisi için bkz. **Bozkurt Yaşar**, s. 19; bizim de kullanmayı tercih ettiğimiz “tam uygunluk ölçütü” olarak çevirisi ve kullanımı için bkz. **Özdemir**, s. 92.

<sup>346</sup> “... Delaware ...uses the business judgment rule as the default standard of review for fiduciary decisions.”, *B & L Cellular v. USCOC of Greater Iowa, LLC*, A 3d, WL 6882207, (Del. Ch.2014); “Delaware’s default standard of review is the business judgment rule, a principle of non-review that reflects and promotes the role of the board of directors as the proper body to manage the business and affairs of the corporation”, *In re Orchard Enters., Inc. S’holder Litig.*, 88 A 3d 1, 34 (Del. Ch. 2014).

<sup>347</sup> **Bainbridge**, Absention Doctrine, s. 6-7.

<sup>348</sup> (“... board’s action ... protected by the presumption of the business judgment rule unless that presumption is rebutted.”), *Grimes v. Donald*, 673 A. 2d 1207, 1220 (Del. 1996); “...the business judgment rule presumption is a rule of evidence that places the initial burden of proof on the plaintiff.... If a shareholder plaintiff fails to meet this (initial) evidentiary burden, the business

konusunda mahkemede makul şüphe (“*reasonable doubt*”) yaratılmamış ise, bu halde mahkeme davayı reddedecektir<sup>349</sup>. Davacı sunduğu deliller ile mahkemede makul bir şüphe oluşturursa, bu halde ihlalin kapsamına göre, mahkeme diğer inceleme yöntemlerinden birinin kullanımına karar verecektir<sup>350</sup>.

## 2. Tam Uygunluk İncelemesi (Entire Fairness)

### a. Özen Yükümlülüğünün İhlalinde

Özen yükümlülüğün ihlal edildiği konusunda, davacılar tarafından sunulan deliller ile, mahkemede makul şüphe yaratılmışsa bu halde mahkeme tam uygunluk incelemesi yapacaktır. Tam uygunluk incelemesi yapıldığında ispat yükü yer değiştirecek ve davalı yönetim kurulu üyeleri üzerinde olacaktır. İlk bölümde de ifade ettiğimiz üzere, özen yükümü (“*due care*”), işadamı kararının bilgilenmiş olarak alınmasını gerektirir<sup>351</sup>. Delaware Yüksek Mahkemesi’nin *Aranson v. Lewis*<sup>352</sup> ve *Van Gorkom*<sup>353</sup> kararları gereğince sorumluluk sınırı ağır ihmal (*grossly negligent*) olarak kabul edilmektedir<sup>354</sup>.

---

*judgment rule operates to provide substantive protection for the directors and for the decisions that they have made”, Emerald Partners v. Berlin, 787 A. 2d 90-91 (Del. 2001).*

<sup>349</sup> *Aranson v. Lewis, 473 A. 2d 805 (Del. 1984): “In our view demand can only be excused where facts are alleged with particularity which create a reasonable doubt that the directors’ action was entitled to the protections of the business judgment rule.”*

<sup>350</sup> “*The complaint’s allegations rebut the presumptions of the business judgment rule at the pleading stage, making entire fairness the operative standard of review” ; OTK Associates, LLC v. Friedman, 85 A. 3d 696 (Del. Ch. 2014).*

<sup>351</sup> *Smith v. Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985).*

<sup>352</sup> *Aranson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).*

<sup>353</sup> *Smith v. Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985).*

<sup>354</sup> “*...director liability is predicated upon concepts of gross negligence”, Smith v. Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985); “Under the business judgment rule director liability is predicated upon*

Ancak, şirket ana sözleşmesinde sorumsuzluk kaydı var ise, bu halde yöneticilerin sorumluluğuna hükmedilmeyecektir. Şirket ana sözleşmesinde sorumsuzluk kaydının olduğu davalı konumundaki yönetim kurulu üyeleri tarafından ispatlanmalıdır.

## **b. Sadakat Yükümlülüğünün İhlalinde**

Davacılar sundukları deliller ile, sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiği konusunda mahkemede makul şüphe oluşturmuşlarsa, bu halde mahkeme incelemeyi “*entire fairness*” olarak isimlendirilen yöntemle yapacaktır. Bu halde sürecin (*fairness of procedure*) ve sonucun (*fairness of result*) analizi ve hukuki incelemesi yapılacaktır. Dolayısıyla, yönetim kurulu kararının içeriği, sonuçlarıyla birlikte bütün yönleriyle ele alınıp değerlendirilecektir. Yönetim kurulu kararları açısından sadakat yükümlülüğünün ihlali incelemesinde mahkemeler tarafından yapılan *entire fairness* incelemesinin genel olarak iki temel amacı vardır. “*Fair dealing*” (tarafsız pazarlık) ve “*Fair price*” (makul fiyat) koşullarının yerine gelip gelmediğinin saptanması<sup>355</sup>.

Tarafsız pazarlık koşulunun sağlanıp sağlanmadığının anlaşılması için, işlemin zamanlamasına ilişkin sorular, nasıl başlatıldığı, nasıl müzakere edildiği, nasıl yapılandırıldığı, işlem hakkında bilgilendirilmesi gereken pay sahiplerinin nasıl bilgilendirildiği ve nasıl onaylarının alındığı ve benzeri hususlar değerlendirilir<sup>356</sup>.

---

*concepts of gross negligence.*”, *Aranson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984). Ayrıca bkz. **Radin**, s. 465 vd.

<sup>355</sup> **Radin**, s. 68 vd.

<sup>356</sup> *Weinberg v. Uop. Inc.*, 457 A.2d 701 (Del 1983).

Makul fiyat değerlendirmesi, tüm ilgili faktörler de dahil olmak üzere, kararın ekonomik ve mali boyutları ile ilgilidir. Şirketin sağladığı fayda ve/veya kazanç, katlanılmıő maliyetler, piyasa fiyatları, gelecekteki beklentiler vb. bu çerçevede yapılan incelemede değerlendirilen hususlardır<sup>357</sup>.

Entire fairness incelemesinde, tarafsız pazarlık koşulunun yerine getirildiği ve makul fiyat sağlandığı hususlarının ispatı davalı yönetim kurulu yeleri üzerindedir.

### 3. Sıkılaştırılmış Yargısal İnceleme (Enhanced Scrutiny)

Bu inceleme yöntemi, 3. kiőtiler tarafından Şirketin ele geğirilme çabasına karőtı yönetim kurulunun savunma önlemleri çerçevesinde aldıkları kararlara iliőtkin olarak açılan davalarda uygulanmaktadır. İlk olarak *Unocol Corp. v. Mesa Petroleum*<sup>358</sup> davasında bu testin oluőturulduęu ve uygulandığı anlaőtılmaktadır. Çok sınırlı davada uygulama grdği ifade edilen inceleme yöntemi, Şirket devralmalarında çıkar temin etmek amacıyla hareket edilip edilmediği hususunu incelemek amaçlı olarak, uyuőtmazlık kapsamında mahkeme tarafından geliőtirilmiőtir ve Şirket devralmalarına iliőtkin hukuki düzenlemeler ile kaçınılmaz olarak iliőtkilidir<sup>359</sup>. Amerikan hukukunda Şirket devralmaları, kapsamlı ve ayrı bir incelemenin konusudur<sup>360</sup>. Bu nedenle, burada Şirket devralmalarına iliőtkin spesifik bir inceleme standardı olduğu belirtilmekle yetinilecektir.

---

<sup>357</sup> Radin, s. 69 vd.

<sup>358</sup> *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.* 493 A. 2d 946 (Del. 1985).

<sup>359</sup> Black, s. 11-12.

<sup>360</sup> Amerikan hukukunda Şirket devralmaları ve yargısal inceleme standardına iliőtkin olarak bkz. **Kraakman, Reinier H./ Black, Bernard S.**; A Self- Enforcing Model of Corporate Law, 109 Harvard Law Review, s. 1911-1982 (1996), [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=10037](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=10037), (eriőtim tarihi: 12.12.2020).

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TÜRK HUKUKUNDA İŞADAMI KARARI İLKESİ

#### I. TÜRK HUKUKUNDA İLKENİN KABULÜ

##### A. Genel Olarak

Türk hukukunda işadami kararı ilkesinin yeri, uygulanabilirliği gibi soruların cevaplanabilmesi ya da bu konuda bir değerlendirme yapılabilmesi için ilkenin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerle bağlantısını kurmak gereklidir. Zira Amerikan hukukunda detaylı olarak ele alındığı üzere; işadami kararı ilkesi, ilkenin ana esasları yanında aynı zamanda yönetim kurulunun aldığı kararlardan ötürü olası bir hukuki sorumluluk değerlendirmesinde mahkemeler tarafından dikkate alınan karineyi ve buna bağlanan hukuki sonuçları kapsar. Bu nedenle bu bağlantının kurulması ilkenin işlevi, dolayısıyla uygulanabilirliğini değerlendirmek açısından önemlidir.

Bilindiği üzere Türk Ticaret Kanununda işadami kararı ilkesinin uygulanmasına ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Açık bir hüküm olmamasına karşın, TTK m. 369 hükmü Gerekçesinde<sup>361</sup> ilkeden söz edilmektedir. Gerekçedeki varlığına rağmen, hükümde yer almamış olmasının sebebi, ilkenin Türk hukuku açısından sınırlarının kesin çizgilerle belli olmaması dolayısıyla bu konuda öğretisel birikime duyulan ihtiyaç ve yargı kararları ile bazı unsurların “hukuklaşması” gereksinimi olarak açıklanmaktadır<sup>362</sup>. Bu durum, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve kanunlaşma sürecine kadar geçirdiği aşamalar ve değişiklikler ile de ilişkilidir. Bu belirsizliğin varlığına karşın, özen ve sadakat

---

<sup>361</sup> Bu konuda bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369.

<sup>362</sup> **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklık, Nr. 16-74.

yükümlülüklerinin genel olarak soyut olan yapısı ve içeriğinin doldurulması lüzumu kanun hazırlanırken yapılan çalışmaların, dolayısıyla Gerekçe'nin önemini arttırmaktadır. Bunun yanında TTK m. 369 hükmünde işadamı kararı ilkesini işaret eden herhangi bir ifadenin yer almamış olması, Gerekçe'nin esas alınacağı bir değerlendirmenin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle TTK m. 369 hükmünün Gerekçesinin ve TTK Genel Gerekçesi'nin incelenmesi ilkenin uygulanabilirliğini değerlendirebilmek açısından gereklidir. Bu amaçla öncelikli olarak 6102 sayılı TTK'nın yasalaşma sürecinde TTK m. 369 hükmü ve TTK m. 553 hükmünde -konumuzla ilgili kısmı ile sınırlı olmak üzere- yapılan değişiklikler ve TTK'nın 14 Şubat 2011 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesi sonrasında, 26.06.2012 tarihli 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik hakkında bilgi verilecektir.

Türk hukuku açısından yapılacak değerlendirmede, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde ilkenin kaynak ülke konumundaki ABD hukukundaki yapısı ile ne kadar örtüştüğünün değerlendirilmesi yapılacaktır. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ilkenin uygulanmasına yönelik açık bir yasal bir düzenleme olmadığından, TTK m. 369 hükmü Gerekçesinin kapsamlı olarak incelenmesi gerekecektir.

## **B. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi Işığında İşadamı Kararı İlkesi**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda işadamı kararı ilkesinin uygulanmasına ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Kavram, Kanun Gerekçesi'nde yer almaktadır. TTK m. 369 Gerekçesi'nde işadamı kararı ilkesi konusunda şu açıklamaya yer verilmektedir:

*“Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak “işadamı kararı” (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına*

*dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapılıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez. Bu kurallar 553 üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hukuk kuralı ile somuta bağlanmıştır. Özen borcunun sözleşme ile ağırlaştırılabileceği şüphesizdir.”*

TTK m. 369 hükmü düzenlemesinde işadami kararı ilkesi veya ilkenin öngörmüş olduğu karineye ve uygulanmasına ilişkin herhangi bir ifade veya açıklama yer almamış olmasına karşın, Gerekçede tedbirli yönetici ölçüsünün açıklanması sırasında ilkeye atıfta bulunulmuş olmasının önemli olduğu kanaatindeyiz. Zira Amerikan hukuku çerçevesinde yaptığımız açıklamalarda da ifade ettiğimiz üzere, güvene dayalı yükümlülüklerin genel olan yapısı<sup>363</sup> kaçınılmaz olarak TTK m. 369 hükmünün yorumlanmasını ve dolayısıyla hükmün Gerekçe’sinin önemini arttırmaktadır. Yine güvene dayalı yükümlülüklerin genel ve soyut olan yapısı, günümüz ticaret yaşamının karmaşık, kompleks işlemleri düşünöldüğünde<sup>364</sup>, uygulayıcılara ve yargıya hükmün yorumlanması ve kanun koyucunun amacının doğru tespit edilmesi konusunda daha fazla iş ve bir yandan da daha fazla alan bırakmaktadır. Bunun yanında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin güvene dayalı yükümlülüklerinin esasları konusunda 6762 sayılı Kanun düzenlemesinden önemli farklılıklar ve yenilikler içeriyor olması da hükmün yorumlanması lüzumunu, dolayısıyla da hükmün Gerekçesinin ve 6102 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi’nin önemini arttıran diğer hususlar olarak görünmektedir.

---

<sup>363</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, Function Over Form, s. 866. Bu konuda ayrıca bkz. Bölüm II, s. 95 vd.’daki açıklamalar.

<sup>364</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, Function Over Form, s. 866.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Genel Gerekçesi incelendiğinde, "Uluslararası Piyasaların Bir Parçası Olmak" başlığı altında, Türkiye'nin uluslararası ticaret, endüstri, hizmet ve sermaye piyasalarının bir parçası olmak zorunluluğuna işaret edilmiştir. Bu bakış açısı ile, şirketler hukuku düzenlemelerinde genel olarak dünya ve Avrupa ülkelerindeki yapılan revizyonlar ele alınmıştır.

Genel Gerekçe içeriğinden çıkarımla, Ticaret Kanunu'nda yapılacak değişikliklerle, bütün bu gelişmelerin takibi ve bunların bir parçası olabilmenin hukuki koşullarının sağlanmasının amaçlandığı söylenebilir. Nitekim TTK m. 369 hükmü Gerekçesinde bu amacın bir yansıması olduğunu düşündürten bir ifade ile, "*çağdaş düzenlemelere uygun olarak, üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karinesinin açıkça belirtilmiş olmasıdır. Böylece ispat yükü aksini iddia edenlere aittir*" denilmektedir.

## **1. Madde 369 Hükümünün Tasarıdaki Metnin Değerlendirilmesi**

TTK Kanun Tasarısı metninde yer alan madde 369 hükmü üç fıkradan oluşmaktaydı. Maddenin üçüncü fıkrası "*Üyelerin ve yöneticilerin, görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karinedir*" düzenlemesini içermektedir. Tasarıda m. 553 f. 1 hükmü de bu düzenlemeyle uyumlu olacak şekilde kaleme alınmıştır. Tasarı metninin, aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz madde Gerekçesi ile birlikte değerlendirmesi yapıldığında, ilk bakışta Amerikan hukukundaki uygulamasına benzer şekilde bir kare sunmak amacı taşıdığını söylemek mümkün gibi görünmektedir. Bu açıdan bir değerlendirme yapabilmek için Amerikan hukukunda ilkenin neyi ifade ettiğini hatırlamak yararlı olabilir: İşadamı kararı ilkesi, yönetim kurulu üyelerinin ve/veya yöneticilerin, aldıkları kararlarda ve gözetim görevlerini icra ederken; yeterli inceleme yapıp bilgi sahibi olarak ve kararın şirket çıkarlarını en iyi şekilde sağlayacağına ilişkin olarak taşıdıkları dürüst

bir kanaatle hareket ettikleri konusunda, aksi ispat edilebilir (adi) bir karinenin varlığını ifade etmektedir<sup>365</sup>.

Amerikan hukukunda ilkenin öngörmüş olduğu karine dikkate alındığında, karinenin, bir takım unsurları içerdiği görülmektedir. Başka bir ifade ile, karine belli davranış yükümlerinin yerine getirildiğine dair bir kabul içermektedir. Dolayısıyla karine bu özelliğiyle, hukuki sorumluluk değerlendirmesinde mahkemeye bir takım inceleme kriterleri sunmaktadır. Benzer şekilde, karinenin içerdiği unsurların sağlanmadığı konusunda mahkemede makul şüphe oluşturmak durumunda olan, başka bir ifade ile ispat yükü üzerinde olan davacılara da, rehberlik sunmaktadır. Bu açıdan TTK madde Tasarısının öngördüğü karineye bakıldığında, bu özellikleri taşıdığını söylemek güçtür. Karinenin inceleme yapan hakimi de, ispat yükü üzerinde olan davacıları da, görevin özenle yerine getirildiğinden ne anlamak, ne beklemek gerektiği sorusu ile başbaşa bıraktığı görülmektedir. Üstelik, işadamı kararı ilkesinin gerisindeki teorik ve yargısal birikimin Türk hukukunda henüz oluşmadığı hususu da dikkate alındığında, Tasarı metninde yer alan karinenin belirsizlikler içerdiğini söylemek mümkündür.

## **2. Türk Ticaret Kanunu Yürürlükteki Madde 369 Hükmü ve Madde Gereğesinin Birlikte Değerlendirilmesi**

Bu konudaki değerlendirmelerimize geçmeden, TTK Kanun Tasarısı metninde yer alan madde 369, üçüncü fıkrası “*Üyelerin ve yöneticilerin, görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karinedir*” düzenlemesinin yürürlükteki madde içeriğinde yer almadığı hususunun altını çizmek isteriz. Zira yürürlükteki düzenleme, mevcut haliyle yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler lehine özen yükümlülüğünün yerine getirildiğine dair öngörülen karineyi içermemektedir. Karinenin TTK’ya alınmamış olması, Gereğçe’nin içeriği konusunda yapacağımız değerlendirme ve yorumlarda kaçınılmaz olarak dikkate alınması gereken bir husus olacaktır.

---

<sup>365</sup> **Palmiter**, s. 222.

Madde 369 hükmü Gerekçesi'nde, işadamı kararı ve bununla ilgili açıklamalara bakıldığında; tedbirli yönetici ölçüsünün kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı" ("*business judgement rule*") verilebileceğini kabul ettiği ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayandığı ifade edilmektedir. Burada, "işadamı kararı" denildikten sonra, parantez içinde "*business judgement rule*" ifadesine yer verilmiştir. Başka bir ifade ile Amerikan hukukunda uygulama gören işadamı kararı ilkesinin (*business judgement rule*) uygulanmasının koşullarından birisi olan "*business decision*", yani işadamı kararına işaret edilmiştir. Devamında da, genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp, yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmelerin tamamen aksi yönde olması ve şirketin zarar etmesi halinde bile özensizlikten söz edilemeyeceği ifade edilmiştir.

Amerikan hukuku çerçevesinde yaptığımız açıklamalarda da ifade ettiğimiz üzere, işadamı kararının ("*business decision*") varlığı ilkenin öngördüğü karinenin unsurlarından sadece birisidir, temel unsurların hepsini kapsayan bir kavram değildir. Buna karşın, bu konuda yapılabilecek değerlendirmelerden ilki, Amerikan hukukunda "*business judgement rule*" olarak ifade edilen ilkenin, Türk hukukuna "işadamı kararı" ifadesi ile aktarılmış olabileceği yolundaki görüş olabilir. Başka bir deyişle bunun bir kavramlaştırma tercihi olduğu yorumu olabilir. Yapılabilecek değerlendirmelerden ikincisi ise, Gerekçedeki ifadenin bilinçli bir tercih olduğu, başka bir deyişle yönetim kurulu üyelerinin ticari takdir yetkisini içeren kararlar alabileceklerini ifade etmek ve bununla sınırlı bir anlamı içermek için kullanıldığı görüşü olabilir. Bu olası farklı iki görüşten hangisinin kabul edilebileceği konusunda bir yargıya varmak değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Gerekçe yukarıda bildirildiği kısmı ile sınırlı olarak ele alındığında, dikkat çeken ilk husus, tedbirli yöneticinin işadamı kararı verebileceği olgusudur. Başka bir ifade ile tedbirli yönetici ölçüsünün işadamı kararı vermeyi dışlamadığıdır. İşadamı kararı (*business decision*), neyi ifade eder sorusu ile Amerikan hukukuna

bakıldığında, yönetim kurulunun almış olduğu kararların hepsinin işadamı kararı ilkesinin uygulama göreceği kararlar (*business decision*) kapsamında değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır<sup>366</sup>. Başka bir ifade ile, kararın yönetim kurulu tarafından alınmış olmasının, tek başına işadamı kararı ilkesinin uygulama bulacağı bir karar olarak değerlendirilebileceği anlamını taşımadığı görülmektedir. Burada belirleyici olan hususun, kararın şirketi temsilen ve şirketin ticari faaliyetlerine yönelik olarak alınmış olması ve takdir kullanımı (“*decision be that of a business judgment not a decision*”)<sup>367</sup> gerekiyor olmasıdır. Şirketin ticari faaliyetlerine yönelik olarak alınan kararın, şirket üzerinde ekonomik etkisi olması, farklı yönde karar vermeyi gerektirebilecek olasılıkların varlığı ve bu nedenlerle de araştırma yapmak, bilgi toplamak ve takdir kullanımı gerektirmesi bu tür kararların ayırt edici özellikleri olarak ifade edilebilir. Yine işadamı kararı ilkesinin varlık nedeni dikkate alındığında bu tür kararların geleceğe dönük olması ve doğurabileceği sonuçlar açısından belirsizlik içermesi de olası nitelikler arasındadır<sup>368</sup>.

Dolayısıyla, burada “işadamı kararı” verebilir derken, yönetim kurulunun, alacağı kararlara ilişkin olarak sahip olduğu takdir yetkisine vurgu yapılmak istenmiş olması mümkündür. Başka bir ifade ile yönetim kurulu takdir yetkisini kullanıyor ve bir karar alıyorsa, farklı seçeneklerin var olduğu olasılıkta takdir yetkisinin bir yönde kullanılmış olmasının sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmek istendiği savunulabilir. Yani işadamı kararı ilkesine sadece gönderme yapılmıştır denilebilir.

Devam eden açıklamalara bakıldığında, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla özenden anlaşılması gerekenin; duruma

---

<sup>366</sup> Radin, s. 92.

<sup>367</sup> Radin, s. 92.

<sup>368</sup> Radin, s. 92-93.

uygun araştırmalar yapılıp, ilgililerden bilgiler alınması ve yönetim kurulunda karar verilmesi olduğu açıklanmıştır. Açıklamanın karar öncesi ve karar verme sürecine işaret ettiği açıktır. Başka bir ifade ile bilgilenmiş olmaya işaret edilmiştir. Bilgilenmek ise alınacak karar konusunda konunun gerektirdiği ölçüde bilgi edinmeye, kararın verilmesinde esaslı olan hususların incelenmesini, gerekli ise sektörel bazda incelemeler yaptırmayı, uzman bilgisi istemeyi, analizler yaptırmayı içerir. Karar verme öncesi ve karar sürecinde gerekli hazırlıkları yapmış bir yönetici için, karar almayı gerektiren konunun içerdiği maddi olgularla birlikte değerlendirildiğinde, alınabilecek karar konusunda muhakkak farklı seçenekler olabilir. Sonuçtan bağımsız olarak, karar bilgilenmiş şekilde alınmış, somut olgularla birlikte değerlendirildiğinde mantık ve sağduyu sınırları dışında değilse ve takdir yetkisi dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılmışsa, tedbirli yönetici ölçüsü içinde kalınmış olacaktır. Başka bir ifade ile Türk Ticaret Kanununun özen ölçütü yani tedbirli yönetici ölçüsünün, yönetim kurulunun takdir yetkisini kullanarak “işadamı kararı” olarak nitelenebilecek kararları almasını dışlamadığını ve bu tür kararlarda özen ölçütünü, duruma uygun araştırmaların yapılması ve bilgilenmiş olarak hareket edilmesi olarak belirlediğini söylemek mümkün görünmektedir. Yürürlükteki düzenlemenin, özen yükümlülüğünün yerine getirildiğine ilişkin yönetim kurulu üyeleri lehine bir karine getirmemiş olması da bu yönde yorumlanması gerektiği fikrini güçlendirmektedir. Türk hukukunda, özen yükümlülüğü ve yönetim kurulunun takdir yetkisi çerçevesinde inceleme yapan yazarların da, bu yolda görüşler bildirdiklerini de hatırlatmakta yarar vardır<sup>369</sup>. Yine bu yaklaşım, ilkenin sınırlarının belirsiz olduğu, dolayısıyla öğretisel birikime ve Yargıtay kararlarında bazı unsurların “hukuk haline gelmesi (hukuklaşması)” ihtiyacı olduğu yolundaki görüş<sup>370</sup> ile de uyum içindedir.

---

<sup>369</sup> Bu konuda bkz. **Kırca, İsmail**; Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi - Özen Borcu, BATİDER, C. 22, S. 3, Haziran 2004, (**Özen Borcu**), s. 88; **Çamoğlu, Ersin**; Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2010, (**Hukuki Sorumluluk**), s. 75.; **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklık, s. 280.

<sup>370</sup> **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklık, Nr. 16-74.

Gerekçede önem taşıyan bir diğer husus, tedbirli yönetici ölçüsü konusunda yapılan açıklamalardır. Gerekçede, “tedbirli yönetici” teriminin bir taraftan kusurda ölçü rolü oynayacağı, diğer taraftan karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade ettiği bildirilmektedir. Ancak bunun, bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamadığı ifade edilmektedir. Ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve gerekli önlemleri almasının beklenmesinin gerçek üstü bir beklenti olduğuna vurgu yapıldığı görülmektedir. Gerekçedeki bu ifadenin, Amerikan hukukunda işadami kararı ilkesinin doğumuna başlangıç olarak kabul edilen 1829 tarihli Louisiana Yüksek Mahkemesi (*Louisiana Supreme Court*) tarafından verilen *Percy v. Millaudon*<sup>371</sup> davası kararındaki düşünce ile paralel olduğu görülmektedir<sup>372</sup>. Sözü edilen kararda Yüksek Mahkeme, “insan olarak kusurlu olan doğamıza vurgu yaparak, yöneticilerin sorumluluğu değerlendirme yapılırken ölçü, bilgeliğin kesinliği olmamalıdır” (“*not the certainty of wisdom in others*”) değerlendirmesini yapmış, bu ölçünün gerçekçi olmadığına işaret etmiştir. Sorumluluk ölçüsünün, sağduyulu ortalama bilgi sahibi bir insanın dikkati ve özeni sınırlarının aşırı ihlali hali olarak kabul edilmesi gerektiğini bildirmiştir<sup>373</sup>. Gerekçede yer alan ve *Percy v. Millaudon* davasındaki Yüksek Mahkeme kararındaki kavrayış ile paralel olduğunu düşündüğümüz bu açıklama, Gerekçede yer alan bir diğer açıklama ile birlikte düşünülebilir. Gerekçede, genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp, yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup, şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez denilmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işadami kararı ilkesinin öngördüğü karinenin unsurları arasında yer alan işadami kararının geleceğe dönük olması ve bu yüzden de belirsizlikler içermesi, kararı karakterize eden olgulardandır. Ancak bir yöneticinin kontrolü içinde olabilecek ve özen

---

<sup>371</sup> *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. (n.s.) 68, 77-78 (La. 1829).

<sup>372</sup> *Arsht*, s. 93.

<sup>373</sup> *Arsht*, s. 93-95.

yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmede ölçüt olabilecek husus, konu hakkında duruma uygun araştırmalar yapılması, eğer gerekli ise dışarıdan veya şirket içinden bir karara varabilmek için konuyla ilgili bilgileri edinmiş olmasıdır. Bilgi edinmiş ve gerekli araştırmaları yapmış bir yönetici için yapılacak şey, rasyonel bir karar almaktır. Bu sürecin Amerikan hukukundaki, karar alma sürecindeki özen yükümlülüğüne uygun davranışı tarif ettiği söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında, özen yükümlülüğü ölçütünün sınırlarının belirlenebilir olması, hukuki öngörülebilirliği de arttırmaktadır. Günümüzde global şirketlerin varlığı, ticari yaşamın çok kompleks olan yapısı, donanımlı ve profesyonel insanların yönetim kurulu üyeliği veya yöneticilik görevlerine talip olacağı bir alan yaratmayı da zorunlu kılmaktadır. Bu konuda *Percy v. Millaudon* davasındaki Yüksek Mahkeme kararında işaret edilen bir hususu daha hatırlatmakta yarar vardır. 1829 yılında verilen mahkeme kararını bugünün anlayışı ile ele aldığımızda, kapsamı ve sınırları doğru belirlenmemiş, gerçek üstü bir özen yükümlülüğünün varlığı halinde, ağır bir sorumluluk yükü altına girmeyi gerektirecek yönetim kurulu üyeliği görevini profesyonel ve bu nedenle de fark yaratması olası insanların yapmak istememesi olasılığı, üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur<sup>374</sup>. Madde Gerekeşi'nde ifade edilen bu bakış açısının, Kanun Genel Gerekeşi'nde yer alan Türkiye'nin uluslararası ticaret, endüstri, hizmet ve sermaye piyasalarının bir parçası olmak zorunluluğu ve ticaret kanununda yapılacak değişikliklerle, bütün bu gelişmelerin takibi ve bunların bir parçası olabilmenin hukuki koşullarının sağlanması amacı ile de örtüşür olduğu değerlendirmesini yapmak mümkündür.

Dolayısıyla Gerekeşi'nin bütünü dikkate alındığında, “işadamı kararı” ifadesinin, “*business judgment rule*” kavramının Türk hukukundaki karşılığı olarak

---

<sup>374</sup> *Percy v. Millaudon* davasında Yüksek Mahkeme, sorumluluk ölçüsünün/sınırının, sağduyulu ortalama bilgi sahibi bir insanın dikkati ve özeni sınırlarının aşırı ihlali hali olarak kabul edilmesi gerektiğini bildirmiştir. Bunun üstünde bir beklentinin varlığı halinde, ağır bir sorumluluk yükü altına girmeyi gerektirecek yönetim kurulu üyeliği görevini kimsenin yapmak istemeyeceğine de vurgu yapmıştır. Karar için bkz. **Arsht**, s. 93-95. Ayrıca bkz. bu çalışmanın s. 15 vd. yapılan açıklamalar.

seçildiği yolunda bir değerlendirme yapılması daha mümkün görünmektedir. Tasarı aşamasındaki metnin “Üyelerin ve yöneticilerin, görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karinedir” şeklindeki 3. fıkrası, bu yolda yapılabilecek değerlendirmeleri güçlendirmektedir. Ancak yürürlükteki hükmün sözü edilen karineyi içermediği hususu dikkate alındığında, yargının yönetim kurulu kararlarının, *ex- post* bir bakış açısı yerindeliğini denetlemesine bir sınır getirilmek istendiği yorumunda bulunulması mümkündür. Özen yükümlülüğü kapsamında karar alma sürecinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde bir takım objektif kriterler getirilerek, yönetim kurulunun risk içeren, ancak uzun vadede şirketin menfaatine olacak yatırım kararları alabilmesinin önünün açılmasının istendiği değerlendirilmesini yapmak da mümkündür. Başka bir ifade ile işadamı kararı ilkesinin gerisindeki temel fikrin hakim kılınması ve bunun yerleştirilmesi isteğinin düzenlemeye hakim olan anlayış olduğu değerlendirilmesinde bulunulabilir.

Gerekçede dikkat çeken bir diğer husus, kurumsal yönetim ilkelerine işaret edilmiş olmasıdır. Burada “kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Zira kurumsal yönetim ilkeleri, çok geniş ve kapsamlı birçok düzenlemeyi içinde barındırır<sup>375</sup>. Kurumsal yönetim ilkelerinin hangi şirketlere ve hangi hükümleriyle uygulanacağı konusunda bile değişik sınırlamalar içerdiği görülmektedir<sup>376</sup>. Kurumsal yönetim ilkelerine bakıldığında; bağımsız yöneticilerin varlığı<sup>377</sup>, yönetim kurulunda kararın dayanaklarının sorgulanması, bilgilendirilmiş şekilde ve kararın sonuçları etraflıca tartışılarak karar alınmasını sağlamaya yönelmektedir. Başka bir ifadeyle karar alma süreçleri açısından kurumsal yönetim ilkeleri de bilgilendirilmiş şekilde ve şirket menfaatine

---

<sup>375</sup> Kurumsal Yönetim Tebliği, II-17.1 (RG. S. 28871, T. 03.01.2014), SPK'nın çıkarmış olduğu Kurumsal Yönetim İlkeleri, sözü edilen Tebliğin ekidir.

<sup>376</sup> Bu konuda bkz. Kurumsal Yönetim Tebliği, II-17.1, m. 1, 5, 6 düzenlemeleri.

<sup>377</sup> Bağımsız yöneticilerin varlığı, hakim pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki menfaat çatışmasını çözümlenmeye yarayan hukuki stratejilerden birisi kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Armour/ Hansmann/ Kraakman/ Pargendler**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 35-36.

olacak şekilde karar alınmasını sağlama hedefine yönelmiştir<sup>378</sup>. Bu açıdan değerlendirildiğinde kurumsal yönetim ilkelerinin hedefleri ile işadami kararı ilkesindeki, kararın şirket menfaatine olduğuna inanma, bilgilenmiş şekilde karar alma, şirketin çıkarının üstün tutulması unsurları arasında ilgi kurulması mümkündür. Ancak “*kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak*” şeklindeki genel bir ifadenin yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin düzenlendiği maddenin gerekçesinde yer almış olması, eleştirilebilir bir husus olarak görünmektedir.

## **II. TÜRK HUKUKUNDA İŞADAMI KARARI İLKESİNİN ROLÜ ve UYGULAMA ŞARTLARI**

### **A. Genel Olarak**

İşadami kararı ilkesinin kaynağı konumundaki Amerikan hukukunda ilkenin yapısına bakıldığında aşağıdaki tespitlerde bulunmak mümkündür. Amerikan hukukunda, iki yüz yıllık bir uygulaması olan ilke, yargı uygulaması ile doğmuş, kapsamı ve uygulaması yargı kararları ile belirlilik kazanmıştır. Bu anlamda da ilkenin öngörmüş olduğu karinenin unsurlarının muhteviyatı, görülmekte olan hukuki uyuşmazlıkların içerdiği farklılıklarla sürekli bir gelişim içindedir. Dolayısıyla, Amerikan hukukundaki uygulamasına bakıldığında, ilkeyi, canlı bir organizma olarak görmek veya bu şekilde tanımlamak mümkündür. İlkenin bu yapısı, sürekli bir değişim ve gelişim içindeki ticari yaşam ve bunun gerektirdiği karmaşık, kompleks hukuki işlemler ve dolayısıyla ticari kararlara ilişkin hukuki sorumluluk davalarının değerlendirilmesinde ilkenin işlevini sürdürmesinde ve ilkenin uygulanmasında yargıya bir alan yaratmaktadır. İlkenin 200 yıllık uygulamasının oluşturduğu yargısal ve doktriner birikimin varlığı da mahkemelerin, ilkenin arkasındaki temel kavrayışla uyuşmazlıkları ele

---

<sup>378</sup> Bu konuda Amerikan Hukuku açısından yapılan değerlendirme için bkz. **Gordon, Jeffrey N.**; The Rise of Independent Directors In the United States, 1950-2005: Of Shareholders Value And Stock Market Prices, Colombia Law and Economics Working Paper No: 201, ECGI-Law Working Paper No. 74/2006, s. 1481 vd.

alabilmelerini dolayısıyla ilkenin sürekli bir gelişim içinde olmasını ve işlevini sürdürmesini sağlamaktadır. Amerikan hukuku açısından çerçevesini çizmeye çalıştığımız bu olgu, ilkenin içeriği, uygulanma esasları ve sınırlarının kesin çizgilerle belirlenebilmesinin önündeki en büyük engeldir. Dolayısıyla ilkenin sınırları belirli bir şekilde Türk hukukuna aktarılmasındaki temel zorluklardan birisinin bu olabileceği görülmektedir. Bu zorluk, Türk hukuk sisteminin, Amerikan hukuk sisteminden farklı olan yapısı ile birlikte düşünüldüğünde daha anlaşılır olmaktadır. Ancak ilkenin kaynağı konumundaki ülkenin hukuk sisteminin, Türk hukuk sisteminden farklı olan yapısı düşünüldüğünde, ilkenin anlaşılması gerektiğinin, uygulama koşullarının veya daha genel bir ifade ile kapsamının ve sınırlarının daha net olarak belirlenmiş olmasının daha doğru bir yaklaşım olacağı yolundaki görüşümüzü belirtmek gereklidir.

Türk hukukunda işadımı kararı ilkesinin nasıl uygulanabileceği konusundaki değerlendirmelerimize geçmeden, Gerekçe’de anılan ilkenin genel çerçevesi hakkında şu tespitlerde bulunmak mümkündür; işadımı kararı ilkesinin kapsamı, uygulama esasları, usul hukukuna ilişkin belirsizlikler de dahil olmak üzere nasıl uygulanacağı hususları açık değildir. Türk hukukunda ilkenin esaslarının belirlenebilmesinin değerlendirmeye ihtiyaç duyması, değerlendirmelerde yorum farklılıklarının olabileceği hususu da dikkate alındığında, uygulama açısından önemli bir zorluk olarak görünmektedir. Nitekim, konunun usul hukuku bakımından içerdiği özellikler; ispat yükü, işadımı kararı ilkesinin uygulama görebildiği kararlarda, hakimin, kararın içerik incelemesini yapıp yapmayacağı hususlarının varlığı, şimdiden yorum farklılıklarının oluştuğu hususlardır.

Konunun yukarıda genel çerçevesini özetlemeye çalıştığımız eksik yanlarını vurgulamak gereği duyarak, işadımı kararı ilkesinin kaynak Amerikan hukukundaki içeriğini ve özelliklerini dikkate alarak, Gerekçe’de anılan ilkenin nasıl uygulanabileceği konusundaki değerlendirmelerimize yer verilecektir.

Bu konudaki değerlendirmelerimize geçmeden, ilkenin Amerikan hukukundaki temel özelliklerinin ana başlık olarak nitelenebilecek hususlarını hatırlamakta yarar vardır. Öncelikli olarak söylenmelidir ki; Amerikan hukukunda ilke, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerinin zen yükümlülüğü ile ilişkilendirilmektedir. zen yükümlülüğü değerlendirmesinde yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluk sınırı ağır ihmaldir<sup>379</sup>.

Amerikan hukukunda, şirketin sevk ve idaresinden sorumlu yönetim kurulu üyelerinin yasal zen yükümlülüğü çerçevesindeki borçları, şirketin yönetimi için karar alma ve şirketin st gözetim ve denetimi kapsamında ayrı ayrı ele alınır ve incelenir<sup>380</sup>. zen yükümlülüğünün karar verme sürecine ilişkin olarak yüklediği borç, yönetim kurulunun karar vermek için önem taşıyan, gerekli ve makul şekilde erişilebilir bilgileri edinmesini gerektirir. Bu unsur, yönetim kurulu üyelerinin zen yükümü gereği, alınacak bir karar konusunda görüşlerini oluşturmaları ve bunun şirketin yararına olup olmadığını değerlendirebilmelerinin de, doğal bir parçası ve gerekliliğidir.

Amerikan hukukunda işadamı kararı ilkesi, yönetim kurulu yeleri ve yöneticiler lehine, aldıkları kararlarda ve gözetim görevlerini icra ederken; yeterli inceleme yapıp bilgi sahibi olarak ve kararın şirket çıkarlarını en iyi şekilde sağlayacağına ilişkin olarak taşıdıkları dürüst bir kanaatle hareket ettikleri konusunda, aksi ispat edilebilir bir karine sağlamaktadır<sup>381</sup>. Başka bir deyişle

---

<sup>379</sup> *Aranson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984), *Smith v. Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

<sup>380</sup> Amerikan hukukunda, sadakat yükümlülüğünün gözetim yükümünü de içerdiği kabul edilmektedir. Gözetim yükümü, yönetim kurulu toplantılarına katılmayı, şirketin faaliyetleri ile ilgili önemli verilerin takibini, bu takip ve kontrolü gerçekleştirebilmek için bilgi ve raporlama sistemi kurmayı da içerir. Gözetim yükümünün ihlalinin hatalı bir işadamı kararından ziyade, şirketin denetimi ve dolandırıcılık türünden eylemlerin tespit edilememesi nedeniyle sorumluluğa neden olduğu anlaşılmaktadır. Amerikan hukukunda bu konuda yapılan geniş açıklama için bkz. Bölüm II, “Gözetim Yükümünün İhlali” başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>381</sup> **Palmiter**, s. 222.

işadamı kararı ilkesi, karar alma sürecine ilişkin objektif bir takım kriterler getirmektedir. Karar almaya ilişkin bu süreç tamamlanmış ise, alınan karar dolayısıyla şirket zarar etmiş olsa bile yönetim kurulu üyelerinin bu zarardan sorumlu tutulmaması esasını içermektedir. Dolayısıyla yargıç tarafından değerlendirilecek husus, kararın yerindeliği değil, karar alma sürecinin hukuka uygunluğu olmaktadır<sup>382</sup>. Bu tür uyuşmazlıklarda mahkemenin, ikinci bir tahminde bulunması istenmemektedir. Başka bir ifadeyle, *ex-post* bir bakış açısı ile kararın yerindeliliğinin ya da diğer bir ifadeyle, uygunluğunun değerlendirilmesi istenmemektedir. Bu açıdan bakıldığında ilke yönetim kurulu kararlarına yargı müdahalesinin sınırlandırılması işlevi görmektedir.

Doktrinde ispat yükünün üstesinden gelmenin önündeki prosedürel engeller ve işadamı kararı ilkesi (karine) nedeniyle, özen yükümlülüğünün ihlal edildiğine dair iddiaların, genellikle, kararın esasına girilmeden reddedildiği tespiti yapılmaktadır<sup>383</sup>. Yine bu nedenlerle işadamı kararı ilkesinin, yöneticileri kişisel sorumluluktan koruduğu ve yönetim kurulu kararlarının yargısal denetimine karşı bir kalkan görevi gördüğü değerlendirilmesinde bulunmaktadır

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işadamı kararı ilkesi, sağladığı koruma açısından değerlendirildiğinde -usule ilişkin işlevi (karine) dışında- özen yükümlülüğü ile ilişkilendirilir<sup>384</sup>. Başka bir ifade ile işadamı kararı ilkesini, ispat yükünü belirleyen bir karine olma işlevi ile sınırlı ele aldığımızda, ispat yükü, özen veya sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiğini iddia eden davacı üzerindedir.

Davacı sadakat yükümlülüğünün ihlali iddiasında ise ve mahkemeye sunduğu delillerle makul bir şüphe yaratabilmişse, işadamı kararı ilkesi uygulama

---

<sup>382</sup> Allen/ Kraakman, s. 243.

<sup>383</sup> Johnson, Rethinking Judicial Review, s. 792; Allen/Kraakman, s. 244; Palmiter, s. 246.

<sup>384</sup> Allen/ Kraakman, s. 273-274; Palmiter, s. 243-246; Black, s. 2 vd; Bainbridge, s. 6 vd.

alanı bulmayacaktır<sup>385</sup>. Başka bir deyişle ilkenin, yargının yerindelik incelemesi yapmaması yönündeki koruması sadakat yükümlülüğünün ihlalinde olmayacaktır. Bu halde mahkeme tarafından ilgili yönetim kurulu kararı, içeriği ve sonuçları dahil tüm boyutlarıyla incelenerek, yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektiren bir karar olup olmadığı değerlendirilecektir<sup>386</sup>.

Konuya ilişkin detaylar bir kenara bırakıldığında, yönetim kurulu aleyhine açılan sorumluluk davalarında özen yükümlülüğü kapsamında mahkemeler tarafından yapılacak inceleme karar alma sürecinin, karar öncesi ve karar verme süreci dahil olmak üzere, hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesini içermektedir. İlkenin uygulanmayacağı haller ise, sadakat yükümlülüğünün ihlali, gözetim yükümünün ihlali, kanuna aykırılık ve kanunun haksız fiil/ suç saydığı hallerdir. Şirket menfaati dışında başka bir amaçla hareket edilmesini işaret eden dürüstlük kuralına aykırılık hallerinde de, sadakat yükümlülüğünün ihlali sebebiyle sorumluluğa gidilmektedir<sup>387</sup>. Sadakat yükümlülüğünün klasik anlamda, şirket çıkarları dışında kendi çıkarları ya da kendisi ile ilgili kişilerin çıkarları için hareket etmekten başka, dürüstlük kuralına aykırı davranış olarak nitelenen; kasıtlı olarak görev ihmal, ölçsüz ve aşikâr süreç hataları yapılması, bilinçli olarak sorumlulukların dikkate alınmaması veya zarar verme hallerini de kapsadığı kabul edilmektedir.

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Türk hukuku açısından işadamı kararı ilkesinin uygulanması açısından yapılacak değerlendirmenin de özen yükümlülüğü kapsamında yapılması gereklidir. Başka bir ifadeyle işadamı kararı ilkesi ile özen yükümü arasında nasıl bir bağlantının kurulduğu hususunun ele alınması gerekir. Zira, detayları ele alınacağı üzere, Türk

---

<sup>385</sup> **Holland, Randy J**; Delaware Directors' Fiduciary Duties: The Focus On Loyalty, 2008 Distinguished Jurist Lecture, U. of Pennsylvania Journal of Business Law, Vol. 11:3, 2009, s. 683.

<sup>386</sup> **Allen/ Jacobs/ Strine**, Function over Form, s. 882; **Johnson**, The Modest Rule, s. 628; **Palmiter**, s. 244.

<sup>387</sup> **Strine/ Hamermesh/ Balotti/ Gorris**, Loyalty's Core Demand, s. 629-696.

hukukunda da Amerikan hukukunda olduğu gibi; sadakat yükümlülüğünün ihlali, sadakat yükümlülüğünün ihlali kapsamında değerlendirilen dürüstlük kuralına aykırılık, kanun ve esas sözleşme hükümlerine aykırılık, kanunun haksız fiil/ suç saydığı durumlar, işadamı kararı ilkesinin uygulama görmeyeceği haller ve kararlar olarak yer almaktadır.

Daha önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz üzere, işadamı kararı ilkesi, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluk değerlendirmesinde mahkemeler tarafından esas alınan bir ilkedir. Bu nedenle Türk hukukunda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının genel çerçevesine, konumuzla ilgili değerlendirme yapmaya imkan verecek şekilde ve bu sınırlarda bakmak gereklidir. Konuyla ilgili açıklamalara geçmeden Türk hukuku açısından yapılacak değerlendirme, daha önce de işaret ettiğimiz üzere, gözetim yükümü dışında, karar alma süreci açısından ve bununla sınırlı olarak yapılacaktır.

## **B. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Genel Çerçevesi ve Özen ve Sadakat Yükümlülüğü**

TTK m. 553 hükmünde öngörüldüğü üzere, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğuna hükmedebilmek için kendisine isnat edilebilecek kusurlu bir davranışının varlığı gereklidir<sup>388</sup>. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğundan ne anlaşılması gerektiği doktrinde en güzel şekilde Çamoğlu tarafından formüle edilmiştir. Yazarın ifadesiyle “*yönetim kurulu üyeleri, kanun*

---

<sup>388</sup> **İmregün Oğuz**; Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, (**Anonim Ortaklık**), s. 244; **Mimaroğlu**, s. 27; **Pulaşlı, Hasan**; Şirketler Hukuku Şerhi, C. IV, Ankara, 2022, s. 2931; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**; Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul, 2014, (**Ortaklıklar Hukuku**), Nr. 590; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 16-55; **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 12; **Dinç, Serhat**; Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2021, s. 53; **Özekes, Muhammet/ Seven, Vural/ Meriç, Nedim**; Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.), İstanbul, Ekim 2021, s. 33-34.

*veya esas mukavelenin kendilerine yüklediği görevlerin ifa edilmemesinden mesuldürler dendiği zaman fiillerinin zarar doğuran sonuçlarının kendilerine izafe olunabileceği ve yöneticilerin bu sebeple tazminat borçlusu olabilecekleri ifade olunmak istenmiştir*”<sup>389</sup>. Tanım; yönetim kurulu üyesinin kanun veya esas sözleşmeye aykırı bir fiil/davranışın varlığını (kusur-hukuka aykırılık), bu nedenle zarar doğmuş olmasını (zarar) ve zararın yönetim kurulu üyesinin bu fiil veya davranışının sonucu olmasını (illiyet bağı) birlikte içerir. Bunlar aynı zamanda hukuki sorumluluğun şartlarıdır<sup>390</sup>.

Düzenlemede “kusur”, ihmali de içeren bir kavram olarak kullanılmıştır. TTK m. 553 hükmü Gerekçesinde; m. 557 hükmü ile bu ayrımın yapıldığı, bu nedenle sadece “kusur” ifadesine yer verildiği ifade edilmiştir<sup>391</sup>. Eski Borçlar Kanunu m. 43 ve 44 hükümlerinin -TBK m. 51 ve 51 hükümleri- bu konuda açık olduğu açıklamasına da yer verilmiştir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerini kasten veya ihmal ile yerine getirmemeleri, zarar ve illiyet bağı unsurlarının birlikte varlığı halinde sorumlulukları doğar.

Yönetim kurulunun aldığı kararlar nedeniyle hukuki sorumluluğunun saptanmasında kendilerinden beklenen özen derecesi ölçü niteliğindedir. Bu nedenle doktrinde TTK m. 369 hükmünde getirilen “tedbirli yönetici” ölçüsü ile “kusurun objektifleştirildiği/ nesnelleştirildiği” değerlendirmesi de yapılmaktadır<sup>392</sup>.

---

<sup>389</sup> **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 12.

<sup>390</sup> **Özekes/ Seven/ Meriç**, s. 26-64.

<sup>391</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 553 f. 1.

<sup>392</sup> Doktrinde Akdağ Güney, özenin belirlenmesinde ve derecesinin belirlenmesinde objektif bir ölçüye başvurulmasını, “kusurun objektifleştirilmesi“ olarak ifade etmektedir. Bu konuda bkz. **Akdağ Güney**, Hukuki Sorumluluk, s. 72-77. Doktrinde Tekinalp, Türk hukukunda Necla Akdağ Güney’in bu öğretinin temsilcisi olduğunu ifade ile, YTK, m. 369 f. 1 hükmünde tedbirli yöneticinin özeniyile yerine getirmek nesnel ölçüsünü aldığını ve kusuru esas itibarıyla nesnelleştirdiğini söyler. Yazar, “kusurun nesnelleştirilmesinin (objektifleştirilmesinin)”; özenli hareket için kanunda örnek bir kişinin belirlenmesi ve sonuca varırken onun varsayımsal davranışlarının ölçü kabul edilerek

Yukarıda konumuz kapsamında genel çerçevesini çizmeye çalıştığımız üzere, yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüğü ile hukuki sorumlulukları arasında kaçınılmaz bir bağlantı vardır. Amerikan hukukunda işadamı kararı ilkesi yönetim kurulu üyeleri tarafından alınan kararlardan ötürü olası bir hukuki sorumluluk değerlendirmesinde mahkemeler tarafından dikkate alınan karineyi ve buna bağlanan hukuki sonuçları kapsar. Aradaki bu bağlantı sebebiyle de yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüğünün düzenlendiği TTK m. 369 hükmü ve kurucular, tasfiye memurları yanında yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin sorumluluklarının düzenlendiği TTK m. 553 hükmü yasalaşma sürecinde birlikte ele alınan düzenlemeler olmuştur.

İlk bölümde de ifade ettiğimiz üzere, işadamı kararı ilkesi, kaynak ülke ABD hukukunda ve benzer şekilde Alman hukukunda özen yükümlülüğü ile ilişkilendirildiğinden<sup>393</sup>, Türk hukukunda özen yükümlülüğü konusunun ele alınması ve incelenmesi gereklidir. Benzer şekilde, ilkenin uygulanma sınırları dikkate alındığında, sadakat yükümlülüğünün genel çerçevesinin çıkartılması zorunludur. Bu nedenle devam eden bölümde, konumuz çerçevesinde, özen ve sadakat yükümlülükleri ele alınacaktır.

---

sonuca varılması olarak tanımlanabileceğini ifade eder. Bu konuda bkz. **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklık, Nr. 16-81, ayrıca s. 282 dipnot 24.

<sup>393</sup> “*One must note, however, that the scope of protection for business judgments is limited. To begin with, it is only applicable when a breach of the duty of care is at issue*”, bu konuda bkz. **Grigoleit, Hans Christoph**, “Directors’ Liability and Enforcement Mechanisms – General Structure and Key Issues – From the German Perspective”, May 28/29, 2015, Hamburg, electronic copy : [http://ssrn.com/abstract = id 2728726](http://ssrn.com/abstract=id_2728726), s. 4, (erişim tarihi, 4.07.2021); **Kervankıran, Emrullah**; “Alman Hukuku’nda Business Judgment Rule’nin Kodifikasyonu – Türk ve Amerikan Hukuku İle Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt I, İstanbul, 2007, s. 254.

## 1. Özen Yükümlülüğü

Özen kavramı, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun değişik hükümlerinde yer almaktadır. Ancak sözü edilen kanunlarda, “özen” kavramının tanımına yer verilmemiştir. Kavramın tanımına yer verilmemesi şüphesiz tanımlanmış her şeyin bir sınır oluşturma ihtimalinin varlığı, buna karşın reel yaşama ait bütün olasılıkların öngörülmesinin mümkün olmaması gerçeği ile ilişkilidir.

Özen kavramının, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu Terim ve Sözcükler Kılavuzu'nda<sup>394</sup>; “ihtimam”, “itina” ifadesi ile tanımlandığı, Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde ise bir şeyi yaparken, onun elden geldiğince iyi olmasına çalışma<sup>395</sup> anlamı taşıdığı ifade edildiği görülmektedir.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin özen yükümü, mülga 6762 sayılı Kanun m. 320 hükmünde ve yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 369 f. 1 hükmünde düzenlenmiştir. Mülga 6762 sayılı Kanun düzenlemesi aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere, atıflardan oluşmaktadır. Düzenlemenin atıflardan oluşan yapısı<sup>396</sup> takibini güçleştirmekte<sup>397</sup>, düzenlemeyi farklı yorumların yapılmasına açık hale getirmektedir. Nitekim düzenleme bu yapıyla özen

---

<sup>394</sup> Bu konuda bkz. **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet**; Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu Terim ve Sözcükler Kılavuzu, Cilt 3, Ankara, 1975, s. 1174.

<sup>395</sup> Bir şeyi yaparken, onun elden geldiğince iyi olmasına çalışma anlamı için bkz. Büyük Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, (erişim tarihi: 04.10.2021).

<sup>396</sup> “*Kasıt ve ihmalin tayin ve takdirinde Ticaret Kanununun 320. maddesi delaletiyle Borçlar Kanununun 528. maddesi gereğince yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında Borçlar Kanunu 390. maddesi delaletile aynı kanunun 321. maddesindeki ihtimam ölçüsünün esas alınması lazımdır.*”, Yargıtay 11. HD. E. 1974/ 1913, K. 1974/ 1900, T. 13.06.1974, (Kazancı).

<sup>397</sup> Eski düzenlemenin sorunu karmaşık bir şekilde ve yollamalarla çözmeye çalıştığı yolundaki değerlendirme için bkz. **Kendigelen, Abuzer**; Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2016, s. 259.

yükümünün kapsamı ve nasıl uygulanması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşlerin oluşmasına neden olmuş, anonim şirket yapısına uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>398</sup>.

Yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 369 f. 1 düzenlemesi ile atıflı yapı terkedilmiştir. Madde gerekçesinde mülga 6762 sayılı Kanun düzenlemesinden tamamıyla farklı bir düzenleme yapıldığının altı çok güçlü ifadeler kullanılmak suretiyle adeta çizilmiştir. Özen yükümü, yönetim kurulu ve yönetimle görevli üçüncü kişileri kapsayacak şekilde kaleme alınmış ve özen “tedbirli bir yönetici” ölçüsü ile tanımlanmıştır. Aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere, 6762 sayılı Kanun m. 320 hükmünde öngörülmüş bulunan “basiret ölçüsüne” yer verilmediği, hatta “basiretli işadami ölçüsünden uzak durulduğu” vurgusu yapılmıştır<sup>399</sup>. Tedbirli yönetici ölçüsünün, yönetim kurulu üyesinin “işadami kararı (*business judgement rule*)” verebileceğini kabul ettiği ifade edilmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin özen yükümlülükleri kanundan doğmaktadır. Bununla birlikte yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişki bir sözleşmeye dayanır. Bu sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu görüşü hakimdir<sup>400</sup>. Dolayısıyla özen yükümünün bir diğer kaynağını da bu

---

<sup>398</sup> **Kervankıran**, s. 259; **Çamoğlu, Ersin**; Sorumluluk Hukukunun Evrensel İlkeleri Işığında Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, (**Sorumluluk Hukukunun Evrensel İlkeleri**), s. 410-411.

<sup>399</sup> Bu konuda bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369 f. 1.

<sup>400</sup> **Ansay, Tuğrul**; Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1982, s. 104; **İmregün, Oğuz**; “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, (**Hukuksal Sorum**), s. 202; **Helvacı, Mehmet**; Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001, (**Hukuki Sorumluluk**), s. 109; **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 69-70; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 473; **Kırca/ Şehirli Çelik/ Manavgat**, s. 455-456, s. 656; **Özdemir**, s. 121. Doktrinde sözleşmenin hizmet sözleşmesi olduğu yolunda görüş bildiren yazarlar da vardır. İlişkinin vekaletle

sözleşmesel ilişki oluşturmaktadır<sup>401</sup>. Aradaki sözleşmesel ilişki nedeniyle Borçlar Hukuku ve daha spesifik olarak ifade etmek gerekirse borç ilişkisinin içerdiği yükümlülükler kapsamında konunun genel çerçevesine bakmak, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümünün işlevinin ne olduğunu tespit etmek açısından gereklidir.

Borçlar Hukukunda “borç ilişkisinin içerdiği yükümlülükler”<sup>402</sup> başlığı altında ele alınan, “davranış yükümü”<sup>403</sup> veya “yan yükümlülük”<sup>404</sup> olarak da ifade

---

yakın duran taraflarının organik bağlantıdan kaynaklandığını ifade ile, ilişkinin gerçekte hizmet sözleşmesi olduğu yolundaki görüş için bkz. **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklık, s. 155; hukuki ilişkinin vekalet ya da şartları varsa hizmet sözleşmesi olarak niteleneceği yolundaki görüş için bkz. **Hacımahmutoğlu, Sibel**; “The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı mı?”, BATİDER, Aralık 2014, Cilt XXX, Sayı 4, s. 129; yönetim kurulu ile AO arasındaki sözleşmenin niteliğini tarafların diledikleri gibi kararlaştırabileceği, özel bir hüküm konulmamışsa bu sözleşmenin vekalet akdi olarak nitelendirileceği, unsurları gerçekleştiği takdirde hizmet akdinin de mevcut olabileceği yolundaki görüş için bkz. **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar hukuku, Nr. 543; hukuki ilişkinin sadece borçlar hukuku sözleşmesi tipine uygun olarak tanımlanmasının mümkün olmadığını ifadeyle atipik bir sözleşme olduğu yolundaki görüşü için bkz. **Küçük**, s. 91-92.

<sup>401</sup> **Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat**, s. 656; **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 69; **Özdemir**, s. 121.

<sup>402</sup> **Eren, Fikret**; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 29.

<sup>403</sup> Doktrinde Kocayusufpaşaoğlu, özen yükümünü, “davranış yükümü” olarak tanımlamaktadır. Kimi borçlarda borçlunun sorumluluğu açısından, salt onun özenli bir edim etkinliğinde bulunmasının yeterli olduğu bu gibi borçlarda, edimin sonucunun alacaklının beklediği gibi gerçekleşmemesinden ötürü borçlunun sorumlu olmayacağı, bunun en güzel örneklerinin ise hizmet ve vekalet sözleşmelerinde bulunabileceği ifade edilir. Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Serozan, Rona**; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt III, (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme), İstanbul, 2014, s. 11-12.

<sup>404</sup> Doktrinde Eren, “yan yükümlülük” olarak ifade ettiği özen yükümlülüğünün, doktrinde “özen gösterme yükümlülükleri”, kimi yazarlarca da yan edim yükümlülükleri ile karıştırılacağı endişesiyle “diğer davranış yükümlülükleri” olarak da ifade edildiğini kaydetmektedir. Bu konuda bkz. **Eren**, s. 37.

edilen özen yükümlülüğünün dürüstlük kuralından (MK m. 2 f. 1) ve güven ilişkisinden doğduğu kabul edilmektedir. Yan yükümlülüklerin en büyük özelliği, edim yükümlülüklerine bağımlı bir nitelik taşımalarıdır. Bağımsız bir varlığa sahip olmadıkları için<sup>405</sup>, bunların ihlali halinde bağımsız bir ifa davasına konu olamazlar<sup>406</sup>. Borçlunun bunlara uymadığı, ihlal ettiği durumda ve bundan kaynaklı bir zararın doğması halinde, alacaklı ancak bir tazminat davası ile doğan zararını talep edebilir<sup>407</sup>. Dolayısıyla özen yükümlülüğü, asli edimin tam ve doğru olarak ifasına yardım eder. Kanunda veya sözleşmede açıkça yer almayan, yapma veya yapmama yönünde davranış yükümlülüklerinin belirlenebilmesine imkan sağlar. Başka bir ifade ile asli edim ve yan edim yükümlülüklerinin ifasında, kanunda sayılmayan, kanun yapma tekniği açısından sayılması imkanı da olmayan bir takım davranış yükümlülükleri öngörür. Dolayısıyla, asli edim veya yan edim yükümlülüklerinin ifası veya ifa edilmemesi sebebiyle sorumluluk iddiasının söz konusu olduğu hallerde, kusur veya ihmalin varlığı özen yükümünün yerine getirilip getirilmediği hususunun incelenmesini gerektirir.

Yukarıda ifade ettiğimiz perspektiften bakıldığında, doktrinde de ifade edildiği üzere<sup>408</sup>, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümü iki işlev görür. Birincisi,

---

<sup>405</sup> Özen borcunun, yönetim kurulu üyeleri için kanun ya da esas sözleşmenin öngördüğü sair görevler yanında yüklenmiş bağımsız bir borç olduğu yolundaki görüş için bkz. **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 68- 69.

<sup>406</sup> **Sevi**, s. 36.

<sup>407</sup> **Eren**, s. 37; **Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut M.**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul, 2014, s. 13-14.

<sup>408</sup> Doktrinde Helvacı, özen borcunun bir yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilemeyeceğini, zira yönetim kurulu üyelerinin özen borçlarının ifasını talep ve dava etmenin tek başına mümkün olmadığını ifade etmektedir. Özen borcunun asli edim yükümlülüklerine bağlı niteliğine vurgu yaparak, yönetim kurulu üyesinin kanun ya da esas sözleşme gereği yüklendiği görevlerinin ifasında kusurun bir ölçüsü olduğunu belirtmektedir. Bu konuda bkz. **Helvacı**, Hukuki Sorumluluk, s. 47 vd.; Benzer yöndeki görüşler için ayrıca bkz. **Üçışık, Güzin/ Çelik, Aydın**; Anonim Ortaklıklar Hukuku, Cilt. 1, Ankara, 2013, s. 490-491; **Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat**, s. 656-657 vd. **Bozkurt Yaşar**, s. 139-140; **Özdemir**, s. 121-122; **Sevi**, s. 36.

kanunda sayılmayan, kanun yapma tekniği açısından sayılması imkanı da olmayan davranış yukmllkleri öngörür. İkincisi de yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sorumlulukları iddiasının varlığı halinde, sorumluluklarını gerektirecek kusur veya ihmallerinin olup olmadığı hususunun tespit edilmesine yarar<sup>409</sup>. Nitekim zen yükümünün düzenlendiği 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 369 f. 1 gerekçesine bakıldığında tedbirli yönetici teriminin bir taraftan kusurda ölçü rolü oynadığı, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade ettiği anlaşılmaktadır<sup>410</sup>.

---

<sup>409</sup> Doktrinde Tekinalp, zen borcuna aykırılığın yaptırımının çoğu kez, yönetim kurulu yeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi olduğunu söyler. Ancak, her özensiz davranışın kusur oluşturmayacağını ve özensizliğin sorumluluk davasını haklı kılmayacağını ifade eder. Kusurun iradenin hukuka aykırılık yönünde saptırılması, özensizliğin ise, yönetim kurulu yeliği görevinin ortaklığın menfaati için yerine getirilmemesi olduğu değerlendirmesini yapar. Bu konuda bkz. **Tekinalp, nal**; Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003, (**Fondaki Banka Hukuku**), Nr. 175.

<sup>410</sup> Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369 f. 1.

### **a. Eski TTK'nın Sistemi**

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("ETTK") m. 320 hükmünde; anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri “dikkat ve basiret” hakkında 818 sayılı Borçlar Kanunu (“EBK”) m. 528 f. 2 hükmünün uygulanacağı söylenmektedir. Atıfta bulunulan EBK m. 528 f. 2 hükmü, adi ortaklıkta ortağın özen borcunu düzenlemektedir. Hüküm, şirket işlerini ücretle idare eden bir ortağın tıpkı bir vekil gibi sorumlu olacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla EBK m. 528 f. 2 düzenlemesi gereği vekaleti düzenleyen EBK m. 390 hükmünü dikkate almak gerekir. Vekaleti düzenleyen EBK m. 390 hükmüne bakıldığında, vekilin sorumluluğunun işçinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere tabi olacağı anlaşılmaktadır. İşçinin sorumluluğu ise EBK m. 320 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Gönderme ile ulaşılan hüküm gereği yönetim kurulu üyelerinden beklenen özen, işçinin işini ifa ederken göstermesi gereken özen derecesidir.

EBK m. 321 f. 1; “işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur” düzenlemesini içerir. Hükümün 2. fıkrasında; “... işçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetebilir.” düzenlemesi yer alır. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin göstermeleri gereken özen derecesinin ne olduğu hususuna bir dizi atf sonrası ulaşılır.

ETTK m. 320 hükmünün EBK m. 528 f. 2 hükmüne atfı ve atıfta bulunulan hükmün şirket işlerini ücretle idare eden bir ortağın tıpkı bir vekil gibi sorumlu olacağı yolundaki düzenlemesi, hükmün uygulanması konusunda doktrinde farklı görüşlerin oluşmasına neden olmuştur. Bu görüşler, ücret alan yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü ile ücret almayan yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü değerlendirmesinde, farklı özen derecelerine tabi olup olmayacakları noktasında toplanmaktadır.

Doktrinde kimi yazarlar tarafından, ücret almayan yönetim kurulu üyeleri için ETTK m. 320 hükmünün EBK m. 528 f. 2 hükmüne yaptığı atıftan yola çıkılarak özen ölçütünün tesbitinin mümkün olmadığı ifade edilir. Sorunun, EBK m. 528 f. 1 hükmüne göre yani adi şirket ortakları için, şirket işlerinde kendi işlerinde gösterdikleri özeni göstermeleri gerektiği düzenlemesini içeren hükme göre çözümlenmesi gerektiği ileri sürülür<sup>411</sup>. Başka bir ifade ile, ücret almayan yönetim kurulu üyeleri için özen ölçütünün “kendi işlerinde gösterecekleri özen” olduğu değerlendirilmesi yapılır.

“Kendi işlerinde gösterecekleri özen” ölçüsünün, 6102 sayılı TTK m. 369 f.1 hükmünün gerekçesinde “Nesnellikte *diligentia quam in suis* yeterli olamaz” ifadesiyle yer aldığı görülmektedir. Ölçü olarak kullanılan kavram incelendiğinde; Roma Hukukunda “kendi işinde gösterilen özen” ölçüsünün “*diligentia quam in suis*” olarak ifade edildiği anlaşılmaktadır<sup>412</sup>. Romalı hukukçuların somut uyuşmazlıklar karşısında belirttikleri görüşler kapsamında oluşan bu özen ölçüsü, subjektif özellikler içermesine karşın, borçlunun hareket tarzına bakmayı da gerektirdiği için aynı zamanda somut (nesnel) bir ölçü olarak da değerlendirilmektedir<sup>413</sup>. Borçlunun sorumluluğunun, kasıttan ihmale doğru genişletilmesi amacıyla doğduğu anlaşılan ölçünün subjektif olduğu açıktır. “Kendi işinde gösterilen özen”; bireylerin kişisel farklılıkları, dolayısıyla iş yapış, dikkat

---

<sup>411</sup> **Arslanlı, Halil**; Anonim Şirketler II, İstanbul, 1960, s. 152; **Mimaroglu, S. Kemal**; Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 36; **Domanic, Hayri**; TTK Şerhi, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Cilt II, İstanbul, 1988, s. 514.

<sup>412</sup> **Hausmaninger, Herbert**; “Diligentia Quam In Suis: A Standard of Contractual Liability From Ancient Roman to Modern Soviet Law”, Cornell International Law Journal, Volume 18, Summer 1985, Number 2, s. 179 vd.; Borçlunun sorumluluğunun, kasıttan ihmale doğru genişletilmesi amacıyla doğduğu anlaşılan ölçünün, daha sonraki dönemlerde ihmal sorumluluğunun hafifletilmesi amacını taşıdığı kaydedilmektedir. Bu konuda bkz **Dinçer Araz, Nilgün**; “Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak “Özen Yükümü (Diligentia)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, 2020, s. 192.

<sup>413</sup> **Dinçer Araz**, s. 190-191.

ve özen farklılıklarının varlığı birlikte düşünüldüğünde subjektif bir ölçüttür<sup>414</sup>. Çok dikkatli birinin kendi işinde gösterdiği özen ile dikkatsiz birinin kendi işinde gösterdiği özen kaçınılmaz olarak farklıdır. Subjektif oluşu, kişilerin bireysel özelliklerinin farklı oluşu ve bunun da gösterecekleri özen derecesinde kaçınılmaz olarak farklılık yaratacak olması yanında, uyuşmazlığı değerlendiren yargıca geniş bir takdir hakkı tanınmasıyla da alakalıdır<sup>415</sup>. Nitekim 6102 sayılı TTK m. 369 gerekçesinde ücret almayan üyenin özen borcu içerikten ve sınırdan yoksun olarak değerlendirilmektedir<sup>416</sup>.

Doktrinde, bu konudaki hakim görüş, ücret alıp almamasına bakılmaksızın yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun EBK m. 528 f. 2 hükmüne göre tayin edilmesi gerektiği yolundadır<sup>417</sup>. EBK m. 528 f. 2 hükmünün atfı ile ulaşılan EBK m. 321 hükmü “işçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetebilir” düzenlemesini içerir. Dolayısıyla, işçinin özen derecesi, onun mesleği ile ilgili iş sahibinin bildiği ya da bilmesi gereken bilgi derecesi, mesleki bilgisi, işçinin yetenekleri ve kişisel vasıfları gözetilerek akde göre belirlenecektir. Burada bilgi derecesi ve mesleki bilgi objektif kriterler olarak kabul edilmektedir<sup>418</sup>. İşçinin yetenekleri ve kişisel vasıfları ise subjektif kriterler olarak değerlendirilmektedir<sup>419</sup>. Doktrinde, mülga Ticaret Kanunu düzenlemesinin içerdiği subjektif unsurların

---

<sup>414</sup> Hausmaninger, s. 181; Dinçer Araz, s. 191.

<sup>415</sup> Dinçer Araz, s. 192.

<sup>416</sup> Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369.

<sup>417</sup> İmregün, Oğuz; Kara Ticaret Hukuku, İstanbul, 2001, s. 345 vd.; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp); Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2015, Nr. 582; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 72-73; Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 44.

<sup>418</sup> Kervankıran, s. 260.

<sup>419</sup> Kervankıran, s. 260.

varlığına rağmen, yönetim kurulu üyelerinin özeninin belirlenmesinde ve derecesinin tespitinde objektif bir ölçü içerdiği kabul edilmektedir<sup>420</sup>.

Yargıtay uygulamasında da özen yükümünün derecesinde zaman zaman farklı sonuçlara ulaşılsa da, objektif nitelikte olduğunun genel kabul gördüğü söylenmelidir<sup>421</sup>. Özen borcunun objektif olmasından anlaşılanın “dikkatli ve basiretli bir yöneticinin aynı koşullardaki hareket tarzı” olduğu anlaşılmaktadır<sup>422</sup>.

Eski TTK düzenlemesi gereği olarak; yönetim kurulu üyelerinin özen yükümünün kapsamının, adi ortaklarda ortağın özen yükümü, vekalet ya da işçinin özen yükümlülüğü kapsamından çıkartılmaya çalışılmasının, bir sermaye şirketi olan anonim şirketin yapısı ile bağdaştığını söylemek mümkün değildir<sup>423</sup>. Atıflardan oluşan düzenleme, doktrinde yukarıda ifade ettiğimiz üzere ve haklı olarak, farklı görüşlerin oluşmasına neden olmuştur. Bu perspektiften bakıldığında da, doktrinde hakim olduğuna bildirdiğimiz, objektif bir özen ölçüsünün konulduğu yolundaki görüşlerin, anonim şirketin yapısına uygun olanın savunulduğu ve ifade edildiği görüşler olduğunu söylemek mümkündür. Zira sözü edilen düzenlemenin esasen subjektif ve objektif unsurları birlikte taşıdığı görülmektedir<sup>424</sup>. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 369 f.1 gerekçesinde sözü edilen durum; “6762

---

<sup>420</sup> **Tekil, Fehiman**; Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1993, s. 142; **Akdağ Güney, Necla**; Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2010, (**Hukuki Sorumluluk**), s. 71; **İmregün**, Anonim Ortaklık, s. 345 vd.; **Helvacı**, Hukuki Sorumluluk, s. 45; **Kervankıran**, s. 260.

<sup>421</sup> **Eriş, Gönen**; Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, Mart 1995, s. 230-231.

<sup>422</sup> YHGK, 19.3.1980, E. 1978/11-1216, K. 1980/1428, örnek benzer Yargıtay Kararları için ayrıca bkz. **Eriş**, s. 231-232.

<sup>423</sup> Benzer görüş için bkz. **Kervankıran**, s. 259.

<sup>424</sup> Doktrinde Çamoğlu, objektif bir özen ölçüsü konulmakla birlikte, bir takım subjektif unsurlara da önem verildiğini ifade eder. Bu nedenle de eski TK'nın karma bir sistem benimsediğini söyler. Bu konuda bkz. **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 71-73.

*sayılı Kanununun 320. maddesinde göndermeler sonunda varılan nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) özen ölçüleri açık değildir.” sözleriyle ifade edilmektedir<sup>425</sup>.*

## **b. Yeni TTK’nın Sistemi: “Tedbirli Bir Yönetici” Ölçüsü**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 369 f. 1 düzenlemesi ile atıflı yapı terkedilmiştir. Düzenleme ile anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirecekleri düzenlemesi getirilmiştir. Başka bir ifade ile özen ölçüsü “tedbirli bir yönetici” olarak belirlenmiştir. Ancak ölçü için bir tanım verilmiş ya da sınırları kesin bir açıklama yapılmış değildir. Bu nedenle “tedbirli bir yönetici” ölçüsünden ne anlamak gerektiğinin tespiti, madde gerekçesinin dikkatle incelenmesini gerektirir. Ölçünün içeriğini tespit için, madde gerekçesinde ölçüden ne anlamak ve ne anlamamak gerektiğinin bildirildiği, bu yolla birtakım kıstasların verildiği görülmektedir. Dolayısıyla “tedbirli yönetici” ölçüsünün içeriğini belirlemek bir başka ifade ile kavramı görünür kılmak bu kıstasların ele alınmasını gerektirir.

Tedbirli olmanın, “yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni” kapsadığı hususu bunlardan ilkidir. “İşin gerektirdiği özenin” nesnel olarak belirleneceği ve uzman bilgisi aranacağına anlaşılması gerektiğinin özellikle altı çizilmiştir<sup>426</sup>. “Nesnellik” ile ifade edilenin görevi yerine getirebilmek için ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulama ve gelişmeleri izleyebilmek için gerekli yetenek ve eğitime sahip olmak olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>427</sup>. Bu açıklamalar yoruma ihtiyaç duyan açıklamalardır. Öncelikli olarak “yönetici sıfatıyla” vurgusu üzerinde durmak gereklidir. Burada “Nesnellik” çerçevesinde yapılan açıklamalar

---

<sup>425</sup> Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369 f. 1.

<sup>426</sup> Bu konuda bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369 f. 1.

<sup>427</sup> Bu konuda bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369 f. 1.

dikkate alındığında; yönetici sıfatının, öncelikli olarak sorumluluk alabilmeyi, sağduyulu olmayı ve yönetebilmek için mevcut verileri değerlendirebilecek, sorgulayabilecek şekilde akıl yürütme, değerlendirme ve sonuca varabilme zihinsel becerilerine sahip olmayı işaret ettiği söylenebilir. Bunun sınırı ise uzman bilgisinin aranacağı yolunda bir değerlendirme yapılmamasıdır<sup>428</sup>.

Yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni kapsayan, ancak uzman bilgisi olarak da anlaşılması gereken bu ölçüden ne anlamak gereklidir? “Uzman” olmak; bir bilim dalında, belli bir teknik alanda yoğun bir öğrenim görerek ya da türlü uygulamalarla yüksek derecede yeterlik kazanmış olmayı ifade etmektedir<sup>429</sup>. Bu konuda haklı olarak akla gelebilecek sorulardan birisi, “şirket faaliyeti konusunda sektöre dair genel düzeyde bilgi sahibi olmak da işin gerektirdiği özeni göstermesi gereken yöneticinin sahip olması gereken özellikler arasında olmalı mıdır” sorusudur. Zira yöneticilik yapılan sektörü genel olarak tanımak ve bilmek, uzman olmaktan çok farklıdır<sup>430</sup>. Uzman olmak, alana özel spesifik bilgi sahibi olmayı gerektirir. Örneğin kimyasal üretim yapan bir şirketteki yönetim kurulu üyesinin, bir kimya mühendisi gibi üretim ve üretim sürecinin her aşaması konusunda bilimsel ve teknik bilgi sahibi olması beklenmeyebilir. Ancak sektörün bugünü ve geleceği konusunda alınacak kararları verebilecek düzeyde sektörel bilgi ve perspektife sahip olması gerektiği pek tabii düşünülebilir. Tedbirli yönetici özeninin, bir karar vermeden önce kararın gerektirdiği bilgilere yeterli derecede

---

<sup>428</sup> Gerekçeye bu konuda yapılan eleştiriler için bkz. **Pulaşlı, Hasan**; “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, BATİDER, Mart 2009, C. XXV, Sayı 1, (**Özen Yükümlülüğü**), s. 52-53. Yazar, uzman bilgisinin aranmayacağı yolundaki görüşe tamamen katılmanın mümkün olmadığını ifade ile, konuyu “görevin kabulünde özen” çerçevesinde ele alıp değerlendirmektedir. Bu konuda bkz. **Pulaşlı, Şirketler Hukuku**, s. 473-474.

<sup>429</sup> “Uzman” olmanın; bir bilim dalında, belli bir teknik alanda yoğun bir öğrenim görerek ya da türlü uygulamalarla yüksek derecede yeterlik kazanmış olma anlamı için bkz. Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (erişim tarihi: 10.10.2021).

<sup>430</sup> Uzman bilgisinin özen yükümlülüğünü çok ağırlaştıracağı yolundaki görüş ve bu konudaki benzer değerlendirme ve görüşler için bkz. **Tekinalp, Tek Kişi Ortaklık**, s. 158-159.

aşinalık kazanmayı gerektirdiği yorumunda bulunulabilir. Aslında yöneticilik, karar almak için neyin bilinmesi gerektiği, nelerin araştırılması gerektiğini bilmek, analitik düşünebilme becerilerinin varlığı ile de ilişkilidir. Dolayısıyla buradaki özenin karar alma sürecine işaret ettiği söylenebilir. Başka bir ifadeyle; buradaki özen, yöneticinin karar verilecek konu hakkında bilgi edinmesini ve bunun için harekete geçmiş olmasını içerir. Bilgi edinme, şirket içi bilgi akışının takip edilmesi, gerekli teknik bilgi ve analizlerin istenmesi olabileceği gibi konuya ilişkin uzman görüşü istenmesi, piyasa araştırmalarının yaptırılması, hatta konuya ilişkin araştırma makalelerinin gözden geçirilmesi bile olabilir<sup>431</sup>. Dolayısıyla, tedbirli yönetici, kararın konusu ve içeriğine ilişkin olarak değerlendirme yapabilecek ve bir yargıya, başka bir ifade ile karara varabilmesini sağlayabilecek şekilde gerekli hazırlıkları yapmalıdır. Bunun hazırlığı ve yöntemi olay ve durumun özelliklerine göre yönetici tarafından belirlenecektir<sup>432</sup>.

Bu konuyla ilişkili olarak, özen yükümlülüğünün görevin kabulü ile mi başladığı hususu doktrinde tartışmalı bir konudur. Başka bir ifade ile; yönetim kurulu üyesinin görevi yapabilecek özelliklere sahip olup olmadığını görevi kabul etmeden düşünmesi ve buna göre görevi kabul etmesi veya etmemesi de, özen yükümlülüğü içinde değerlendirilmesi gereken bir husus mudur? Doktrinde, bu konu; “görevin kabulünde özen”<sup>433</sup>, “özen yükümlülüğünün başlangıcı”<sup>434</sup>

---

<sup>431</sup> Model Business Corporation Act (2016 Revision) (December 9, 2016), § 8.30 Standards of Conduct for Directors, Official Comment, 2. Section 8.30(b), s. 183-184.

<sup>432</sup> “*There is no one way for “becoming informed,” and both the method and measure—“how to” and “how much”— are matters of reasonable judgment for the director to exercise.*”, Model Business Corporation Act (2016 Revision) (December 9, 2016) § 8.30 Standards of Conduct for Directors, Official Comment, 2. Section 8.30(b), s. 183.

<sup>433</sup> Doktrinde kimi yazarlar konuyu “görevin kabulünde özen” başlığı altında ele almaktadır. Bu konuda bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 479-480; **Sevi**, s. 132.

<sup>434</sup> Doktrinde Akdağ Güney, konuyu “Özen Yükümlülüğünün Başlangıcı” başlığı altında değerlendirmektedir. Bu konuda bkz. **Akdağ Güney**; Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2016, (**Yönetim Kurulu**), s. 196-198.

başlıkları altında tartışılmaktadır. Kimi yazarlar tarafından özen yükümlülüğünün görevin kabulü ile başladığı ileri sürülür<sup>435</sup>. Dolayısıyla bir kişinin yeterli bilgi ve donanımına sahip olmadığı halde yönetim kurulu üyeliğini kabul etmesinin özen yükümlülüğünün ihlali anlamına geleceği ifade edilir. Kimi yazarlar ise özen yükümlülüğünü, yönetim kurulu üyeliği görevinin kabulü anına taşımanın hatalı olduğunu söyler<sup>436</sup>.

Kanaatimizce bu konuda temel soru; yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılmış bir sorumluluk davasında, bilgisizlik, yetersizlik, tecrübesizlik gibi sebeplerin, sorumlu tutulmama talebinin haklı bir gerekçesi olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği noktasında toplanmaktadır<sup>437</sup>. Böyle bakıldığında, görevi kabul için gerekli donanımına sahip olunmadığı yönündeki bir savunmanın hukuken haklı bir sorumsuzluk sebebi olarak kabul görmeyeceği açıktır<sup>438</sup>. Bu nedenle, yönetim kurulu üyeliği görevini üstlenecek kişinin, işi yürütmek için gerekli donanım - bilgi, eğitim, tecrübe vb.- sahip olup olmadığı hususunu değerlendirerek görevi kabul etmesi gereklidir. Prensip olarak, yöneticilik yapmak için yeterli deneyime ve özelliklere sahip olunmadığında bu tür görevlerin üstlenilmemesi gereklidir<sup>439</sup>.

---

<sup>435</sup> **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 196-198; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 479, 480; **Sevi**, s. 134; **Dinç**, s. 58.

<sup>436</sup> “Böckli’nin özen yükümlülüğünü, görevin kabulü anına götüren bir kimsenin yapamayacağı görevi kabul etmesini “kusur” sayan görüşüne kanuni dayanak bulmak değildir” yönündeki görüşü için bkz. **Tekinalp, Ünal**; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2015, (**Sermaye Ortaklıkları**), N. 12-118, dipnot 39; **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklık, Nr. 12-118, dipnot 32.

<sup>437</sup> Benzer görüş ve değerlendirme için bkz. **Okutan Nilsson, Gül**; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, (**Şirketler Topluluğu**), s. 339.

<sup>438</sup> Francis v. United Jersey Bank Davası kararında Mahkeme, bayan Pritcher için yapılan “*basit bir ev kadınıydı*”, “*yaşlı olduğu, kocasını kaybetmesi nedeniyle kedere boğulduğu, bazen çok fazla alkol tükettiği*” şeklindeki onu temize çıkarmak isteyen ifade ve savunmaları reddetti, *Francis v. United Jersey Bank*, 432 A.2d 814 (NJ. 1981). Sözü edilen dava ile ilgili daha detaylı açıklama için bkz. II. Bölüm, s. 85 vd.

<sup>439</sup> Genel bir kural olarak şirket yöneticilerinin, sahip olmaları gereken bilgiye sahip olmadıkları şeklinde bir savunma yapımlarının olanaklı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Yöneticilerin

Dolayısıyla yöneticilik becerileri konusunda eksikleri olan bir kişinin yönetim kurulu üyeliği görevini kabul etmesi halinde, bu kişinin yöneticilik becerilerini geliştirmesi ve işi yürütmesi farklı nitelikler kazanmasını gerektiriyor ise bu eksiklerini tamamlaması gerekir. Zira, deneyimsizlik, bilgisizlik, gerekli donanıma sahip olmama gibi sebepler, bir sorumluluk davasında, sorumlu tutulmama talebinin kabulü için haklı görülebilecek hukuki sebepler değildir<sup>440</sup>.

Gerekece “tedbirli yönetici” teriminin kusurda ölçü olma yanında, karar ve eylemlerde nesnel davranışı da ifade ettiği bildirilmektedir. Nesnellikte ise, benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özenin esas alınacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla, benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen, tedbirli bir yönetici ölçüsünü belirlemede bir diğer kıstas olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda bir değerlendirme yapmadan önce, bu kıstasın tedbirli yönetici ölçüsünün sınırlarını belirlemeyi zorlaştırdığı, belirsizleştirdiğini söylemek gereklidir.

Genel çerçeveye bakıldığında, ilk dikkat çeken husus benzer işletme tabirine nesnellik kavramı içinde yapılan açıklamalar sırasında yer verilmiş olmasıdır. “Benzer işletme” kavramı ile işaret edilen, şirket tarafından yürütülen faaliyetin boyutu, karmaşıklığı gibi faktörler midir, yoksa aynı faaliyet alanında olmak, benzer olmak için yeterli midir? Bu sorular, bu konuda haklı olarak akla gelebilecektir. Örneğin küçük çaplı kapalı bir aile şirketinin yönetim kurulu üyelerinin özeni ile büyük çaplı ve profesyoneller tarafından yönetilen bir anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin -profesyonel olmaları gerekir kabulü ile- özeni arasında fark yaratılmak istenip istenmediği çok açık değildir. Bu özellikleriyle bu kıstasın yorum farklılıklarına açık olduğu ve uygulamada da uyumsuzlukların

---

yürütülen işin esaslarına aşına olmaları gerektiği bunun özen yükümlülüğünün gereği olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır. Yöneticilik yapmak için yeterli deneyime ve özelliklere sahip olunmadığında bu tür görevlerin üstlenilmemesi gerektiği bildirilmektedir. Bu konuda bkz. **Allen/Kraakman**, s. 253.

<sup>440</sup> Benzer görüş ve değerlendirme için bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 339.

çözümünde belirsizlikler yaratacak nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Kanaatimizce, benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen (kıstas alınacak özen) belirlenirken; benzer şirketin tespitinde, aynı türden faaliyette bulunulması yanında, yürütülen faaliyetin boyutu (şirketin cirosu, çalışan sayısı vb.), karmaşıklığı gibi faktörlerin<sup>441</sup> de dikkate alınması gereklidir<sup>442</sup>.

---

<sup>441</sup> “...(*çalışan sayısı, şube/dağıtım ağı, ciro, ihracat ve/veya ithalat yapıp yapmadığı gibi ölçütler esas alınmak suretiyle belirlenecek*) aynı çap ve büyüklükte ve aynı türden işlerle uğraşan bir şirkette görev yapan üye veya yöneticinin örnek (model) alınmasını gerektirir.” bu konuda bkz. **Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat**, s. 657. Eski TTK uygulaması döneminde; doktrinde, özen yükümünün objektif olmasından, bütün anonim şirketlere uygulanabilecek tek bir özen ölçüsünü anlamamak gerektiği yönünde değerlendirmeler yapılmıştır. Özen ölçüsünün belirlenmesinde aynı nitelik ve büyüklükteki bir anonim şirket yöneticisinin aynı somut olayda göstermesi gereken özenin gözönünde tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku, Nr. 584.

<sup>442</sup> Model Business Corporation Act (2016 Revision) (December 9, 2016), MBCA 8.30, s. 183.

### c. Tedbirli Yönetici ve Basiretli İşadamı Kavramlarının Birlikte Değerlendirilmesi

Türk Ticaret Kanunu m. 369 hükmünün Gerekçesinde “tedbirli yönetici ölçüsünün”, “basiretli işadamı”<sup>443</sup> kavramından farklı olduğu ifade edilmiştir. Gerekçede 6762 sayılı Kanunun m. 320 hükmünde öngörülmuş bulunan basiret ölçüsüne yer verilmediği, hatta basiretli işadamı ölçüsünden uzak durulduğunun bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu kaçınmanın nedeni olarak da Yargıtay kararlarında<sup>444</sup> basiretli işadamı ölçüsünün sert, hatta aşırı denebilecek beklentilerle tanımlanması gösterilmiştir. Basiretli işadamı kavramının uygulamada anlaşıldığı şekliyle anlamına da yer verilmiştir. Ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve tedbir almasının beklenmesinin ve bunun özen olarak değerlendirilmesinin kabul edilmesinin mümkün olmadığını altı çizilmiştir.

---

<sup>443</sup> TTK m. 18 f. 2 hükmünde her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Doktrinde, basiretli davranmanın tedbirli ve tecrübeli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğünün de içerdiği kabul edilmektedir. Ancak basiretli işadamı ölçüsünün, tedbirli davranmaktan daha üst seviyede bir anlamı ifade ettiği, kapsamının daha geniş olduğu anlaşılmaktadır. Tedbirin ötesinde, adeta yanılmaz olmak, sonuca doğrudan veya dolaylı yoldan etkili olabilecek her türlü olasılığın dikkate alınması şeklinde değerlendirildiği görülmektedir. Bu şekilde kavrandığını, çarpıcı bir şekilde gösteren örnek Yargıtay kararlarından birisi “taşımacılık yapan tacirin, deposunda yangına karşı her türlü tedbiri almış olsa bile deposunu her an yangın çıkması ihtimali olan bir keresteci dükkanı yanında açması basiretli bir davranış değildir” (TD, 12.2.1968, E. 1966/1669, K. 851), yolundaki karardır. Bu konuda yapılan açıklamalar, sözü edilen Yargıtay kararı ve benzer Yargıtay kararları için bkz. **Arkan, Sabih**; Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2017, s. 147-149; **Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen A./Kaya, A./ Nomer Ertan, F.**; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015; Nr. 571; **Poroy, R/ Yasaman H.**; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, s. 155-156.

<sup>444</sup> “Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin müdebbir bir ortaklık yöneticisi gibi hareket etmeleri gerekir.” Y.TD. 16.12.1962, E. 4545/K. 4384, HGK, 28.9.1983, E. 1982/ 11-929, K/ 1983/853, bu ve benzer kararlar için bkz. **Eriş**, s. 232.

Bu açıklamalar çerçevesinde bakıldığında, “basiret”<sup>445</sup> kavramına dolayısıyla “basiretli işadamı ölçüsüne”, her türlü olasılığın öngörülmesi ve yanılmaz bir şekilde karar verilmesi anlamının yüklendiği anlaşılmaktadır<sup>446</sup>.

Öncelikle belirtmek gereklidir ki; gerçeği yanılmadan görebilmek insan doğasına aykırıdır<sup>447</sup>. Geleceğe dönük dolayısıyla belirsizlik ve risk içeren kararları almak durumunda olan yönetim kurulu üyelerinin, sonuca doğrudan veya dolaylı yoldan etkisi olabilecek her türlü olasılığı eksiksiz öngörmesi ve kararını bu çerçevede oluşturması gerçek üstü bir beklentidir. Üstelik sorumluluk değerlendirmesinin, sonuç üzerinden yapılması halinde, kararın verildiği anda öngörülemeyecek olasılıkların kolayca öngörülebilir olduğu yanılığına düşmek (*hindsight bias*)<sup>448</sup> çok olasıdır. Ancak, özen yükümünü düzenleyen hükmün gerekçesinden, bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbirin “tedbirli yönetici” ölçüsü içinde yer almadığı anlaşılmaktadır<sup>449</sup>. Nitekim Kanun gerekçesinde, bu konuda işadamı kararı ilkesine yapılan vurgu çok önemlidir. Zira işadamı kararı ilkesindeki özen kavramı, kararın bilgilenmiş olarak alınmasını işaret eder. Bu özelliği ile bakıldığında da, sonuç

---

<sup>445</sup> Basiret sözcüğünün, “*gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği*” anlamı için bkz. Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (erişim tarihi: 28.12.2021).

<sup>446</sup> Doktrinde Kırca tarafından, “*tedbir*” ve “*basiret*” kavramlarının sözlük anlamlarına yer verilerek, “basiret” sözcüğünün özeni ifade etmeye daha uygun olduğu ifade edilmiştir. Yazar, ortada bir kavramlaştırma sorunu olduğunu, basiret yerine tedbir sözcüğünün tercih edilmesinin sorunu tek başına çözmeye yetmeyeceğini ve tedbir sözcüğüne endişe duyulan anlamın yüklenmeyeceğinin garanti edilemeyeceğine işaret etmiştir. Bu konuda bkz. **Kırca/ Şehirli Çelik/ Manavgat**, s. 658-659.

<sup>447</sup> İşadamı kararı ilkesinin doğuşuna temel kabul edilen 1829 tarihli Louisiana Yüksek Mahkemesinin *Percy v. Millaudon* (La. 1829) davası kararındaki düşünsel temel ile Gerekenin dile getirdiği olgu örtüşmektedir. Sözü edilen mahkeme kararında, insan olarak doğamızın kusurlu olduğuna vurgu yapılmış ve karar bu kavrayışla oluşturulmuştur. Bu konuda bkz. I. Bölüm, s. 15 vd.’daki açıklamalar.

<sup>448</sup> Bu konuda bkz. s. 38 vd.’daki açıklamalar.

<sup>449</sup> Bu konuda bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369 f. 1.

üzerinden yapılacak bir değerlendirmeye değil, karar alma süreci üzerinden yapılacak bir değerlendirmeye işaret eder<sup>450</sup>. Dolayısıyla *ex-post* bir bakış açısı ile yapılacak değerlendirmeyi dışlar. Özen değerlendirmesinin karar öncesi ve karar anını içerecek şekilde karar alma sürecine odaklanmasına işaret eder. Yönetim kurulu üyesinin olayın özelliklerine göre takdir yetkisini bir yönde kullanmış olmasını dışlamaz, kararın yerindeliliğini yargılayamaz<sup>451</sup>. Bu özellikleriyle bakıldığında, kararın alındığı tarihte rasyonel olma çerçevesi içinde olduğu değerlendirilmesi yapılabilecek, ancak geleceğe dönük ve dolayısıyla risk içeren bir kararın alınabilmesi için takdir yetkisini kullanmak durumunda olan yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulma endişesini hukuki öngörülebilirlik sağlayarak bertaraf eder.

Olası bir sorumluluk iddiasında, tedbirli bir yöneticinin özeni ölçüsü uygulandığında; karar öncesi ve karar anını da kapsayan bir sürecin değerlendirilmesi gerekecektir. Bu değerlendirme, karar anındaki dikkate alınması gereken maddi olgu, fiili durum gibi gerçeklerle birlikte, karara varmak için gerekli verilerin araştırılıp araştırılmadığı, incelenip incelenmediği gibi hususların sorgulanmasını gerektirecektir. Karar öncesi ve karar süreci birlikte değerlendirilecektir. Kararın alınabilmesi için, gerekli ölçüde bilgilenilip bilgilenilmediği, konunun yeterince araştırılıp araştırılmadığı, kişisel çıkar temin etmeksizin şirketin menfaatine olduğuna dair dürüst bir inançla hareket edilip edilmediği hususu özen ölçüsü olacaktır.

---

<sup>450</sup> Yazar, eski TTK uygulaması döneminde yazdığı makalesinde, özen yükümü incelemesinin nasıl olması gerektiği yolunda benzer görüşü dile getirmiştir. Bu konuda bkz. **Kırca**, Özen Borcu, s. 88; **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 75.

<sup>451</sup> **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 75; **Kırca**, Özen Borcu, s. 88; **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklık, s. 280.

## 2. Sadakat Yükümlülüğü

Bilindiği üzere Türk hukukunda özen ve sadakat yükümlülüğü TTK m. 369 f. 1 düzenlemesinde yer almaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere; düzenlemede yer verilen; “yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmelidir” ifadesi, özen yükümlülüğünü işaret eder. Şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına göre gözetmek yükümlülüğü ise sadakat yükümlülüğünü ifade eder<sup>452</sup>. Maddenin sadakat yükümlülüğü ile ilgili kısmının gerekçesi incelendiğinde; *“Bu yüküm ile yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hakim paysahibinin veya paysahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde gerekli önlemleri almasını ve arm’s length temelinde yani, hakim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder. Hüküm, yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bir bağlılık yükümü altına sokar; içerden öğrenenlerin ticareti yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uymasını zorunlu tutar.”*<sup>453</sup>.

Sadakat yükümlülüğüne ilişkin bu genel düzenleme yanında Türk Ticaret Kanunda yer verilen; şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağını içeren madde 395 düzenlemesi, rekabet yasağını içeren madde 396 düzenlemesi ve müzakereye katılma yasağını öngören madde 393 düzenlemeleri, sadakat

---

<sup>452</sup> **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku, Nr. 585; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 483; **Kırca/ Şehirli Çelik/ Manavgat**, s. 662; **Akdağ Güney, Necla**; Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2016, **(Yönetim Kurulu)**, s. 203; **Ayan, Özge**; Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, 2021, s. 35.

<sup>453</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369 f. 1.

yükümlülüğü esasından hareketle yapılmış ve belirli davranışları yasaklayan düzenlemelerdir<sup>454</sup>.

Madde düzenlemesinden çıkarımla, sadakat yükümlülüğü<sup>455</sup>, şirket menfaatlerinin, dürüstlük kuralına göre gözetilmesidir. Yükümlülüğün içeriğini değerlendirebilmek, şirket menfaatinden ve dürüstlük kuralından ne anlamak gerektiğinin ele alınması ile mümkündür. Bu amaçla bu kavramlar iki ayrı başlıkta ele alınmış ve değerlendirilmiştir. Ancak söylenmelidir ki, dürüstlük kuralı hem özen yükümlülüğünün hem sadakat yükümlülüğünün kaçınılmaz bileşenidir.

#### **a. Şirket Menfaati**

Öncelikli olarak belirtilmelidir ki, “şirket menfaati” kavramından ne anlamak gerektiğine dair Genel Gerekçe’de veya sadakat yükümlülüğünün düzenlendiği madde 369 hükmünün Gerekçesi’nde herhangi bir açıklama yapılmış değildir. Genel Gerekçe’de, “Dünyada ve özellikle Avrupa’da Ticaret Hukukunu Etkileyen Öğretiler ve Raporlar” başlığı altında, Nr. 88’de yapılan açıklamalar dikkate alındığında; özellikle pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler olmak üzere tüm ilgililerin menfaatlerini ideal düzeyde korumaya yönelmiş yeni bir kurallar sisteminin kendisini kabul ettirmeye çalıştığı, bunun pay senetleri borsada işlem gören şirketlerle sınırlı kalmadığı, diğer anonim şirketlere ve tüm işletmelere hatta yönetim ve denetimin olduğu her kuruma ve kuruluşa, nihayet Devlete de tavsiye edilerek bir kapsam ve yaygınlık kazandığı ifade edilmektedir. Genel

---

<sup>454</sup> Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, s. 663; Ayan, s. 121 vd.

<sup>455</sup> Sadakat yükümlülüğünün, dürüstlük kuralının görünümünden biri ve dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerden biri olduğu yolundaki görüşü için bkz. Nomer, Füsün; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, Mayıs 1999, s. 40-44; sadakat yükümlülüğünün dürüst davranma yükümlülüğünün görünümünden biri olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün, dürüst davranma yükümlülüğünden daha ağır bir yükümlülük getirdiği yolundaki görüşü için bkz. Ayan, s. 34.

Gerekçede aynı başlık altında yer verilen Nr. 91’de ise, kurumsal yönetimin öne çıkan bir kavramının ise “paysahiplerinin değeri” diye adlandırılan, içeriği tartışmalı, bir anlamda belirsiz “maksimizasyon” anlayışı olduğu bildirilmektedir. Kurumsal yönetim öğretisinin bu kuralı uyarınca, pay değerinin maksimize edilmesinin esas alındığı, bunun ise 89 nolu paragrafta açıklanan toplumsal eğilim ile çeliştiği dile getirilmektedir. TTK m. 369 f. 1 hükmünün Gerekçesine bakıldığında ise, yönetim kurulu üyesinin kendi kişisel menfaatini, benzer şekilde şirkette hakim pay sahibinin veya hakim pay sahibinin yakını olan gerçek kişiler ya da ilişkili tüzel kişi ya da üçüncü kişilerin kişisel menfaatlerini şirket menfaatinin önüne geçirmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Menfaat çatışmasının bulunduğu hallerde de, yönetim kurulunun gerekli önlemleri alması, hakim ortak ve/veya onunla ilişkili olabilecek kişi ya da kişileri kayırmaksızın, şirket menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapması gerektiği bildirilmektedir. Genel Gerekçede yer verilen bu açıklamalar ve sadakat yükümlülüğünü düzenleyen hükmün Gerekçesinden çıkarımla şu tespitlerde bulunmak mümkündür:

Bütün bu açıklamalar daha önceki bölümde Amerikan hukukunda ele alıp incelediğimiz pay sahiplerinin önceliği (“*shareholder primacy*”)<sup>456</sup> ilkesinin Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinde esas alınmadığını göstermektedir. Genel Gerekçe “tüm ilgililerin menfaatlerinin ideal düzeyde korunması” esasına herhangi bir eleştiri içermiyor olmakla birlikte, m. 369 hükmü Gerekçesi incelendiğinde şirket menfaatinin belirlenmesinde bu esasa da herhangi bir yollama yapılmadığı görülmektedir. Genel Gerekçede yer alan açıklamalarda, benzer şekilde sadakat yükümlülüğünün düzenlendiği m. 369 f. 1 gerekçesinde “şirket menfaati” konusunda herhangi bir açıklama yapılmamış olması ise kavramın kapsamını tayin etmeyi zorlaştırmaktadır<sup>457</sup>.

---

<sup>456</sup> Bu konuda bkz. I Bölüm, s. 41 vd. açıklamalar.

<sup>457</sup> Benzer görüş ve değerlendirme için bkz. **Özdemir**, s. 131-132.

Amerikan hukuku çerçevesinde yaptığımız açıklamalarda da ifade ettiğimiz üzere, Amerikan hukukunda sadakat yükümlülüğü (*duty of loyalty*), genel anlamda yönetim kurulu üyelerinin, şirket çıkarlarını koruma yükümlülüğünü ifade eden, şirket çıkarlarının kendi çıkarlarıyla karşı karşıya geldiği durumlarda da şirket çıkarlarını kendi çıkarlarından üstün tutmalarını da kapsayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>458</sup>. Ancak orada yaptığımız açıklamalarda da ifade ettiğimiz üzere şirket menfaatinin ne anlaşılması gerektiği, şirketin temel amacının ne olduğu sorusu ile dolayısıyla şirketler hukuku teorileri ile yakından ilgilidir<sup>459</sup>. Anonim şirketin temel amacının ne olduğu sorusunun cevabı, şirket içindeki menfaat grupları ve bunlar arasındaki menfaat çatışmalarının hukuken hangi perspektiften ele alınması gerektiğinin belirlenmesi açısından önemlidir<sup>460</sup>. Daha açık bir ifade ile bu sorunun cevabı şirket yapılanması içindeki menfaat çatışmalarının, kimin menfaatinin merkeze oturtularak çözüleceğinde, bu konuda geliştirilecek hukuki stratejilerin belirlenmesinde önem taşır. Konumuz açısından bakıldığında da; aynı soru, şirket yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkilerini kullanmaları gerektiği durumlarda kimin menfaatine öncelik tanınması gerektiğinin yanıtını içermektedir. Bu soruların cevaplanmasında Amerikan şirketler hukukunda, şirketin temel amacının pay sahiplerinin kâr maksimizasyonunun

---

<sup>458</sup> **Palmiter**, s. 222-223.

<sup>459</sup> Doktrinde Hacımahmutoğlu, Türk Hukuk öğretilerinde ortaklığın niteliği ile ortaklığın yapısı ve ortaklıktaki çıkar sahiplerinin hak ve yükümlülükleri arasındaki bağın dikkat çekmediği tespitinde bulunur. Bu konuda bkz. **Hacımahmutoğlu**, Yönetim Kurulunun Yapısı, s. 152; Doktrinde Şehirli Çelik, TTK'da anonim şirketin sözleşmesel temelini esas sözleşmeye ilişkin düzenlemelerde kendini gösterdiğini, ancak bazı düzenlemelerin sözleşme unsurunu zayıflattığını ifade eder. Tek kişilik anonim şirket yapılanması ve emredici hükümler ilkesinin bu kapsamdaki en zayıf halkalar olduğunu bildirir. Bunların anonim şirketin “kurum” yönünü vurgulayan özellikler olarak algılanabileceğini söyler. Farklı çıkar gruplarının dikkate alınmasının da anonim şirketin kurumsal yönünü vurguladığı değerlendirmesinde bulunur. Bu konuda bkz. **Şehirli Çelik/ Kırca/ Manavgat**, s. 250.

<sup>460</sup> **Bratton/ Watcher**, s. 119 vd.

sağlanması olduğu esastan<sup>461</sup> (“*shareholder primacy*”) hareket edilmektedir. Başka bir ifadeyle, menfaat çatışması sorunsalı, pay sahiplerinin önceliği ilkesi çerçevesinde ele alınmakta ve bu çerçevede değerlendirilmektedir.

Konuya Türk hukuku açısından bakıldığında sadakat yükümlülüğünün düzenlendiği madde ve madde gerekçesinde bu konuda ölçü kabul edilebilecek bir veri bulmak güçtür. Yukarıda belirtildiği üzere, Genel Gerekçeye bakıldığında, pay sahiplerinin menfaatlerinin gözetilmesi esasının Türk Ticaret Kanunu düzenlemesine uzak olduğu anlaşılmaktadır. Gerekçedeki ifadeden ilgili tüm ilgililerin menfaatlerini ideal düzeyde korumaya yönelmiş yeni bir kurallar sistemine yakın durulduğu düşünülebilir<sup>462</sup>. Ancak, sadakat yükümlülüğünün düzenlendiği madde gerekçesinde bu ilkeye herhangi bir atıf yapılmamış olması dikkate alındığında şirket menfaati kavramının “tüm ilgililerin menfaatlerinin”<sup>463</sup> de dikkate alınmak suretiyle kapsamının tayin edilmesi mümkün görünmemektedir. Zira, yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkilerini kullanmaları gerektiği durumda, kimin menfaatini esas alarak hareket etmeleri gerektiği konusunda referans alınabilecek bir kriteri mevcut veriler ile belirlemek mümkün görünmemektedir. Türk hukukunda doktrinde de bu konunun çok sınırlı olarak ele alındığı görülmektedir<sup>464</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre, şirket menfaatinin belirlenmesinde; şirketin amacı ve konusu, şirketin değeri gibi ölçütlere başvurulabilir<sup>465</sup>. Şirketin amacı ve

---

<sup>461</sup> **Hanssman/ Kraakman**, The End Of History, s. 32; **Armour/ Enriques/ Hanssman/ Kraakman**, The Anatomy of Corporate Law, s. 23; **Smith**, Primacy Norm, s. 277-278.

<sup>462</sup> Bu konuda bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu , Genel Gerekçe, Nr. 132, Nr. 140, Nr. 114.

<sup>463</sup> Bkz. Genel Gerekçe, “*Dünyada ve özellikle Avrupa’da Ticaret Hukukunu Etkileyen Öğretiler ve Raporlar*” başlığı altında, Nr. 88.

<sup>464</sup> **Hacımahmutoğlu**, Yönetim Kurulunun Yapısı, s. 150-152.

<sup>465</sup> **Korkut, Ömer**; Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara, 2007, s. 147-152; şirket menfaatinin somutlaştırılması konusunda, şirketin amacı ve konusu doğrultusunda işlem yapılması, şirketin değerini artırıcı işlemler yapılması, pay sahiplerinin menfaatlerinin göz önünde

konusundan yararlanılması değerlendirmesinde<sup>466</sup>, şirket esas sözleşmesinin şirketin vücut bulmasını sağlayan sözleşme olduğundan yola çıkılmaktadır. Başka bir ifade ile şirketin amacını ortaya koyan esas sözleşmenin, şirketi kuran kişilerin de ortak amacını ifade ettiği kabulü ile hareket edilmektedir. Dolayısıyla şirketi kuran kişilerin amacı ile tüzel kişiliğin amacı arasında bir bağlantı kurulmaktadır. Böylelikle bu amaca ulaşılmasını sağlayacak her şeyin aynı zamanda şirketin menfaatinin ifade ettiği değerlendirilmesi yapılmaktadır. Şirket değerinin esas alınarak şirket menfaatinin belirlenmesinde<sup>467</sup> ise şirketin uzun süreli değer artışı sağlayıp sağlamadığı sorusundan hareket edilmektedir. Bu soruya verilecek cevap, değerlendirilecek konunun şirket menfaatine olup olmadığının belirlenmesinde esas kabul edilmektedir.

Bu yaklaşımlar kendi içinde doğrudur. Ancak büyük resmi anlamak ve kapsayıcı bir ölçüt olarak kabul edilmek konusunda sınırlıdır. Sorunun daha kapsamlı bir belirlemeye ihtiyaç duyması, şirket menfaati kavramının esas olarak şirketteki menfaat gruplarından kimin menfaatine öncelik tanınması ile ilgili olmasıdır. Kimin menfaati öncelikli olmalıdır? Anonim şirketin amacı ve hukuki niteliği dolayısıyla şirket teorileri ile ilişkili bu konu kapsamlı olarak yapılacak ayrı bir çalışmanın konusudur. Ancak doktrinde bu konuda bildirilen görüşler çerçevesinde ve kendi perspektifimizle yapacağımız değerlendirme ile şunları söylemek mümkündür<sup>468</sup>: Bilindiği üzere; anonim şirket, kurucularından ve pay sahiplerinden bağımsız bir varlığa, tüzel kişiliğe sahiptir<sup>469</sup>. Dolayısıyla ayrı bir malvarlığı vardır. Şüphesiz, şirket sermayesinin ve şirket malvarlığının korunması

---

tutulması ve farklı çıkarların değerlendirmesiyle sonuca ulaşılması gerektiği yolundaki görüşü için ayrıca bkz. **Ayan**, s. 55 vd.

<sup>466</sup> Bu konuda bkz. **Korkut**, s. 147.

<sup>467</sup> **Tekinalp**, Yeni Hukuk Politikaları, s. 230; **Korkut**, s. 151.

<sup>468</sup> Anonim şirket bünyesindeki çıkarlardan belirlenmesi en zor olanının şirket çıkarı olduğu yolundaki görüş için bkz. **Şehirali Çelik/ Kırca/ Manavgat**, s. 271.

<sup>469</sup> TTK m. 125 hükmü gereği, ticaret şirketleri tüzel kişiliğe sahiptir.

şirketin menfaatedir<sup>470</sup>. Ancak, şirket menfaatini, sadece sermayesinin ve malvarlığının korunması ile sınırlamak doğru bir değerlendirme olmaz. Bu nedenle denkleme anonim şirketin amacının ekonomik olması gerektiğini de katmak gerekir. Anonim şirketin amacının ekonomik olması<sup>471</sup>, şüphesiz kâr elde etmesini, dolayısıyla şirket pay sahiplerinin lehine ekonomik bir yarar yaratma amacını da içerir<sup>472</sup>. Bu ekonomik amacın sağlanması ve şirketin varlığını devam ettirebilmesi sermayesinin ve malvarlığının korunmasını gerektirir. Ancak şirketin ekonomik faaliyetini gerçekleştirebilmesi ve kazanç sağlaması daha kapsamlı bir değerlendirmeye ihtiyaç duyar. En basitinden kazanç sağlamak zarardan kaçınmayı da içerir<sup>473</sup>. Ancak kapsamın belirlenmesi her zaman beyaz ve siyahın netliği içinde olmayabilir. Örneğin şirket için marka değeri yaratmak ya da marka değerini arttırmak amaçlı yapılan harcamalar nasıl değerlendirilmelidir? Veya şirketin toplumda itibarını artırmak, dolayısıyla marka değerini güçlendirmek amacıyla sosyal sorumluluk projelerine ekonomik destek verilmesi nasıl ele alınmalıdır? Bu tür kararlar ve dolayısıyla harcamalar, kısa vadede düşünüldüğünde şirkete kazanç sağlamadığı için şirket menfaatine görülmeyebilir. Ancak uzun vadede değerlendirildiğinde, şirketin toplum nezdinde itibarını artıran bu tür faaliyetlerin ve dolayısıyla buna yönelik yönetim kurulu kararlarının, şirketin marka değerini ve giderek şirket değerini de arttıracığı için şirket menfaatine olduğu kabul edilebilir. Sonuç olarak bu ve benzeri örnekler ve şirketlerin faaliyet alanına göre verilebilecek pek çok başkaca örnek, şirket için kısa vadede harcama anlamına geldiği için şirketin menfaatine görünmese de uzun vadede düşünüldüğünde ve

---

<sup>470</sup> Anonim şirketler hukukunda “malvarlığının korunması ilkesi” ilkesi kapsamında yapılan geniş inceleme ve değerlendirme için bkz. **Şehirli Çelik/ Kırca/ Manavgat**, s. 121-130.

<sup>471</sup> TTK m. 331 f. 1 düzenlemesi gereği anonim şirketler, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilir.

<sup>472</sup> **Yanlı, Veliye**; Anonim Ortaklıklarda Karın Tamamen Devrine İlişkin Bir Tasarruf Yapılabilir mi?, İHFM C. LV, S. 4, 1997, s. 209-210.

<sup>473</sup> “Anonim ortaklığa ait aracı belirgin biçimde düşük bedelle satarak ortaklığı zarara sokan yönetim kurulu üyesi ortaklığa karşı sorumlu olur”, Yargıtay 11. HD., E. 5321/K. 4863, karar için bkz. **Eriş**, s. 232.

büyük resme bakıldığında kazanç, dolayısıyla şirket menfaatine kabul edilebilir. Bu perspektiften bakıldığında da, şirketin markasının, işletme/üretim modellerinin (*Know-how*), repütasyonunun (itibarı) sağlanması ve korunması, hatta çalışan memnuniyeti bile şirketin menfaatleri arasında sayılabilir. Yine şirketin ekonomik değerinin, dolayısıyla pay değerinin artışı, hangi faaliyet alanında olursa olsun her şirketin genellenebilecek ortak amacıdır. Dolayısıyla pay değerinin artması şüphesiz şirket menfaatinidir. Bundan anlaşılması gereken de kısa ve dönemsel kazançlar sağlamaktan ziyade, uzun vadeli, pay değerini de arttıracak faaliyetlerdir<sup>474</sup>.

Konuya şirketteki menfaat grupları açısından bakmak gerektiğinde, şirket sermayesinin ve malvarlığının korunması<sup>475</sup>, şirketin amacı çerçevesindeki faaliyetleri ile şirketin kâr elde etmesi ve şirketin mal varlığının büyütülmesi, şirkette menfaat grubu olarak tanımlanacak pay sahipleri, şirket alacaklıları ve dolaylı da olsa şirket çalışanlarının menfaatinin korunması ve gözetilmesi anlamı taşımaktadır.

---

<sup>474</sup> “*There is no any serious competitor to the view that corporate law should principally strive to increase long-term shareholder value*”, bkz. **Hanssman/ Kraakman**, *The End Of History*, s. 1; “*Uzun vadede işletmenin güçlenmesine, işletme yapısının, ürün ve hizmetlerinin rekabet gücünün artmasına yönelik iş ve işlemler kısa vadede kardan imtina edilmesine veya bazı masrafların üstlenilmesine yol açsa da, işletmenin menfaatine kabul edilmektedir.*”, bu konuda bkz. **Okutan Nilsson**, *Şirketler Topluluğu*, s. 341; **Tekinalp**, *Yeni Hukuk Politikaları*, s. 230.

<sup>475</sup> Şirketin gerek tüm malvarlığının gerek sermayesinin korunmasının öncelikli olarak alacaklılara hizmet ettiği hususunda bir tereddüt olmadığı ancak, bununla sınırlı kalmayıp, alacaklılar yanında pay sahiplerinin, ve şirketin de çıkarına olduğu yolundaki görüş ve değerlendirme için bkz. **Şehirli Çelik/ Kırca/ Manavgat**, s. 126. Ortakların sınırlı sorumlu olmaları karşısında ortaklar kadar, alacaklılar bakımından da şirket malvarlığının korunmasının bir güvence olduğu yolundaki değerlendirme için bkz. **Ansay, Tuğrul**; *Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor?*, BATİDER, Ankara, 2005, (**Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor**), s. 41.

## b. Dürüstlük Kuralının Yeri

MK m. 2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı, hakların kullanılmasında bir davranış kuralı rolü oynamakta ve objektif bir ölçü niteliği taşımaktadır<sup>476</sup>. Dürüstlük kuralı, “*bir hak sahibinin hakkını kullanırken veya bir borçlunun borcunu yerine getirirken iyi ve doğru hareket etmesi yani dürüst, namuslu, makul, fiilinin neticesini bilen, orta zekalı her insanın benzer hadiselerde takip edecek olduğu yolda hareket etmesi*”<sup>477</sup> olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla dürüstlük kuralının hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde davranışları düzenleyen ve sınırlamalar getiren düzenleyici bir norm olduğu, hukuka ahlaki ve etik bir temel kazandırdığı değerlendirilmesi de yapılmaktadır<sup>478</sup>. Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağını da içerir<sup>479</sup>. Bir hak, dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılırsa kötüye kullanılmış kabul edilir<sup>480</sup>. Dürüstlük kuralı Medeni Kanunda düzenlenmiş olmasına karşın, hukukun her alanında uygulama bulan, temel bir hukuk ilkesidir<sup>481</sup>. Yargıtay uygulamasında<sup>482</sup> da doktrinde<sup>483</sup> de, ilkenin varlığı, pozitif hukukun her tür olasılığı öngörüp en küçük ayrıntısına kadar düzenlenmesinin imkansızlığı ile açıklanır.

Sadakat yükümünün düzenlendiği TTK m. 369 hükmünde de şirket menfaatlerinin dürüstlük kuralına uygun olarak gözetilmesi gerektiği

---

<sup>476</sup> **Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami**; Medeni Hukuk, İstanbul, 2016, s. 265; **Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya**; Medeni Hukuk, İstanbul, 2020, s. 92-95; **Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal**; Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. I, Ankara, 2022, s. 26-28.; **Akıpek, Jale/ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya**; Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2021, s. 165-176.

<sup>477</sup> YHGK, T. 13.07.2011, E. 2011/4-410, K. 2011/511. (Kazancı)

<sup>478</sup> **Akyol, Şener**; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2006, s.3.

<sup>479</sup> Bu nedenle de, bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlı olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bu konuda bkz. **Oğuzman/ Barlas**, s. 263.

<sup>480</sup> YHGK, T. 28.01.2004, E. 2004/6-50, K. 2004/38. (Kazancı)

<sup>481</sup> **Oğuzman/ Barlas**, s. 263; **Akyol**, s. 73 vd.

<sup>482</sup> YHGK, T. 13.07.2011, E. 2011/4-410, K. 2011/511. (Kazancı)

<sup>483</sup> **Oğuzman/ Barlas**, s. 264.

bildirilmiştir<sup>484</sup>. Sadakat yükümlülüğü gereğince şirket menfaatlerini gözetmekle yükümlü tutulan yönetim kurulu üyeleri, bu çerçevede alacakları kararlarda ve karar sürecinin gerektirdiği eylem ve davranışlarında dürüstlük kuralına göre hareket etmelidirler. Burada dürüstlük kuralına yapılan atıf, yönetim kurulu üyelerinin sahip olduğu hak ve yetkilerini kullanırken davranışlarını düzenleme ve bunlara sınırlama getirme işlevini haizdir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının değerlendirilmesi halinde ise, fiili durumun hakkaniyete ve adalete uygunluğunun sağlanması açısından Yargıya bir esneklik sağlamaktadır.

Konuya işadami kararı ilkesi çerçevesinde bakıldığında da, şirket menfaatlerinin dürüstlük kurallarına göre gözetilmesi gerekliliğinin, karar alma süreci konusunda objektif bir değerlendirmeye işaret ettiği tespitinde bulunmak mümkündür. Zira dürüstlük kuralı, şirket menfaatinin gözetilip gözetilmediğinin değerlendirilmesinde esas alınacak davranış kriteri olacaktır. Başka bir ifadeyle, yönetim kurulu üyesinin, alınan kararın şirket menfaatine olduğu yönündeki subjektif kanaati dışında, kararın şirketin menfaatleri açısından en iyi çözüm yolu olduğu değerlendirmesinde esas kabul edilebilecek davranışların belirlenebilmesine imkan sağlayacaktır<sup>485</sup>. Dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden en belirgin haller hileli işlemler, kasıtlı olarak görev ihmal içeren fiil veya davranışlardır. Bunun dışında diğer yönetim kurulu üyelerinin yanıltılması, manipüle edilmesi (yanlış veya yanıltıcı bilgiler vermek suretiyle yönlendirmek), bu amaçla kurgular yaratılması, uzman görüşlerinin saklanması ya da karara etkili olabilecek esaslı noktaların bilinçli olarak saklanması gibi fiil ve eylemler dürüstlük kuralına aykırı davranışlardır. Bu açıdan bakıldığında da dürüstlük kuralı, karara konu işin gerçek belirleyenlerini tespit etmek ve ona göre bir karar vermek konusunda yargıya bir alan yaratma işlevini haizdir.

---

<sup>484</sup> Ayrıca bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369.

<sup>485</sup> **Göktürk**, Banka Yöneticileri, s. 131-132; **Özdemir**, s. 136.

### C. İlkenin Türk Hukukunda Uygulanma Şartları

Daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümü iki işlev yerine getirir<sup>486</sup>. Birincisi, kanunda sayılmayan, kanun yapma tekniği açısından sayılması imkanı da olmayan davranış yükümlülükleri öngörür. İkincisi de yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sorumlulukları iddiasının varlığı halinde, sorumluluklarını gerektirecek kusur veya ihmallerinin olup olmadığı hususunun tespit edilmesine yarar<sup>487</sup>. Nitekim özen yükümünün düzenlendiği 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 369 f. 1 gerekçesine bakıldığında tedbirli yönetici teriminin bir taraftan kusurda ölçü rolü oynadığı, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade ettiği anlaşılmaktadır<sup>488</sup>.

Amerikan hukuku kapsamında yaptığımız açıklamalarda da ifade ettiğimiz üzere, işadamı kararı ilkesi özen yükümlülüğü ile ilişkilendirilmektedir. Dolayısıyla işadamı kararı ilkesi ile özen yükümü arasında nasıl bir bağlantının kurulduğu hususu önem taşır. TTK m. 369 f. 1 hükmünde özen yükümü, yönetim kurulu ve yönetimle görevli üçüncü kişileri kapsayacak şekilde kaleme alınmış ve özen “tedbirli bir yönetici” ölçüsü ile tanımlanmıştır. Tedbirli yönetici ölçüsünün, yönetim kurulu üyesinin “işadamı kararı (*business judgement rule*)” verebileceğini kabul ettiği Gerekçe’de ifade edilmiştir.

---

<sup>486</sup> Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 47 vd.; Üçışık, Güzin/ Çelik, Aydın, s. 490-491; Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, s. 656-657; Bozkurt Yaşar, s. 139-140; Özdemir, s. 121-122; Sevi, s. 36.

<sup>487</sup> Doktrinde Tekinalp, özen borcuna aykırılığın yaptırımının çoğu kez, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi olduğunu söyler. Ancak, her özensiz davranışın kusur oluşturmayacağını ve özensizliğin sorumluluk davasını haklı kılmayacağını ifade eder. Kusurun iradenin hukuka aykırılık yönünde saptırılması, özensizliğin ise, yönetim kurulu üyeliği görevinin ortaklığın menfaati için yerine getirilmemesi olduğu değerlendirmesini yapar. Bu konuda bkz. Tekinalp, Ünal; Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003, (Fondaki Banka Hukuku), Nr. 175.

<sup>488</sup> Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369 f. 1.

Bilindiği üzere Türk Ticaret Kanununda işadami kararı ilkesinin uygulanmasına ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Açık bir hüküm olmamasına karşın, TTK m. 369 hükmü Gerekçesinde<sup>489</sup> ilkeden söz edilmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin güvene dayalı yükümlülüklerinin esasları konusunda 6762 sayılı Kanun düzenlemesinden önemli farklılıklar ve yenilikler içeriyor olması hükmün yorumlanması lüzumunu, dolayısıyla da hükmün Gerekçesinin ve 6102 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi'nin önemini arttıran hususlardır. Benzer şekilde özen ve sadakat yükümlülüklerinin genel olarak soyut olan yapısı ve içeriğinin doldurulması ihtiyacı, kanun hazırlanırken yapılan çalışmaların, dolayısıyla da Gerekçe'nin önemini arttırmaktadır. Aşağıda, Gerekçe'de yer alan açıklamalar ve Amerikan Hukuku'nda kabul edilen ilkelerle yapılan karşılaştırmalar ışığında, Türk hukukunda ilkenin nasıl uygulanabileceği ile ilgili değerlendirmemiz yer almaktadır.

### **1. İşadami Kararının Varlığı, Takdir Yetkisinin Kullanılması ve Karar Alma Sürecinin Uygunluğunun Değerlendirilmesi**

Madde 369 hükmü Gerekçesi'nde, işadami kararı ve bununla ilgili açıklamalara bakıldığında; tedbirli yönetici ölçüsünün kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadami kararı" ("*business judgement rule*") verilebileceğini kabul ettiği ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayandığı ifade edilmektedir. Gerekçe yukarıda bildirildiği kısmı ile sınırlı olarak ele alındığında, tedbirli yöneticinin işadami kararı verebileceği anlaşılmaktadır. Başka bir ifade ile tedbirli yönetici ölçüsünün işadami kararı vermeyi dışlamadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

İşadami kararı (*business decision*), neyi ifade eder sorusu ile Amerikan hukukuna bakıldığında, yönetim kurulunun almış olduğu kararların hepsinin

---

<sup>489</sup> Bu konuda bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369.

işadamı kararı ilkesinin uygulama göreceği kararlar (*business decision*) kapsamında değerlendirilmediği anlaşılmaktadır<sup>490</sup>. Başka bir ifade ile, kararın yönetim kurulu tarafından alınmış olmasının, tek başına işadamı kararı ilkesinin uygulama göreceği bir karar olarak değerlendirilebileceği anlamını taşımadığı görülmektedir. Burada belirleyici olan husus, kararın şirketi temsilen ve şirketin ticari faaliyetlerine yönelik olarak alınmış olması ve takdir kullanımı gerektiriyor olmasıdır. Şirketin ticari faaliyetlerine yönelik olarak alınan kararın, şirket üzerinde ekonomik etkisi olması, farklı yönde karar vermeyi gerektirebilecek olasılıkların varlığı ve bu nedenlerle de araştırma yapmak, bilgi toplamak ve takdir kullanımı gerektirmesi bu tür kararların ayırt edici özellikleridir. Yine işadamı kararı ilkesinin varlık nedeni dikkate alındığında bu tür kararların geleceğe dönük olması ve doğurabileceği sonuçlar açısından belirsizlik içermesi de olası nitelikler arasındadır<sup>491</sup>. Dolayısıyla işadamı kararı ilkesi çerçevesinde ele alınacak kararları karakterize eden özelliklerin bunlar olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Buradan çıkarımla, inovatif olarak nitelenebilecek yatırım kararları, yeni ürün veya hizmetlerin üretimi veya hayata geçirilmesine dönük yatırım kararları, bu konuda örnek olarak verilebilecek türden kararlardır.

Duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemeyeceği de açıktır. Dolayısıyla özenden anlaşılması gereken; duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınması ve yönetim kurulunda karar verilmesidir. Açıklama karar öncesi ve karar verme sürecine birlikte işaret etmekte ve bilgilenmiş olmaya vurgu yapılmaktadır. Bilgilenmekten anlaşılması gereken ise, alınacak karar konusunda konunun gerektirdiği ölçüde bilgi edinmeye, kararın verilmesinde esaslı olan hususların incelenmesini, gerekli ise sektörel bazda incelemeler yaptırmayı, uzman bilgisi istemeyi, analizler yaptırmayı içerecektir. Karar verme öncesi ve karar sürecinde

---

<sup>490</sup> Radin, s. 92.

<sup>491</sup> Radin, s. 92-93.

gerekli hazırlıkları yapmış bir yönetici için, karar almayı gerektiren konunun içerdiği maddi olgularla birlikte değerlendirildiğinde, alınabilecek karar konusunda muhakkak farklı seçenekler olabilir. Sonuçtan bağımsız olarak, karar bilgilenmiş olarak alınmış, somut olgularla birlikte değerlendirildiğinde mantık ve sağduyu sınırları dışında değilse ve takdir yetkisi dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılmışsa tedbirli yönetici ölçüsü içinde kalınmış olacaktır. Başka bir ifade ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun özen ölçütü yani tedbirli yönetici ölçüsünün, yönetim kurulunun takdir yetkisini kullanarak “işadamı kararı” olarak nitelenebilecek kararları almasını dışlamadığını ve bu tür kararlarda özen ölçütünü, duruma uygun araştırmaların yapılması ve bilgilenmiş olarak hareket edilmesi olarak belirlediğini söylemek mümkündür.

Gerekçedeki, tedbirli yöneticinin işadamı kararı verebileceği ifadesi bir başka sonuca varmayı da gerektirmektedir. Burada “işadamı kararı” verebilir derken, yönetim kurulu üyesinin, alacağı kararlara ilişkin olarak sahip olduğu takdir yetkisine vurgu yapılmış ve buna bir alan yaratılmıştır. Başka bir ifade ile yönetim kurulu üyeleri takdir yetkilerini kullanıyor ve bir karar alınıyorsa, farklı seçeneklerin var olduğu olasılıkta takdir yetkisinin bir yönde kullanılmış olmasının sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmek istenmiştir. Dolayısıyla Türk hukuku açısından bakıldığında, tedbirli yöneticinin işadamı kararı verebileceği açıklaması, öncelikli olarak ilkenin uygulama görmesi mümkün olan kararlarının ayırt edici özelliklerini saymaktadır. Diğer yandan da, yönetim kurulunun takdir yetkisinin yasal dayanağı kabul edilen TTK m. 374 hükmüne gitmeye gerek kalmaksızın ve bir adım öteye giderek, başka bir ifadeyle takdir yetkisinin varlığını kabul dışında, karar alma sürecinde takdir yetkisine bir alan yaratmakta ve bu anlamda da takdir yetkisinin hukuken korunması anlamını içermektedir. Başka bir ifadeyle takdir yetkisi, keyfi bir şekilde kullanılmamışsa, takdir yetkisinin kullanımında şirketin menfaati dışında kişisel menfaat temin etmek veya şirket menfaati dışında başka amaçlarla hareket edilmemişse, alınan kararın esasına ilişkin hususlar yeterince araştırılmışsa, karar bağımsız olarak ve şirketin menfaatine olacağı yolunda dürüst bir kanaatle alınmışsa sorumluluk doğurması anlamını içermektedir. Yine

buradan çıkarımla, tek başına takdir hatası yapılmış olmasının, sorumluluk doğurmayacağı sonucuna ulaşılması mümkündür.

Nitekim bu açıdan bakıldığında Gerekçede önem taşıyan ve dikkate alınması gereken bir diğer husus, tedbirli yönetici ölçüsü konusunda yapılan açıklamalardır. Gerekçede, “tedbirli yönetici” teriminin bir taraftan kusurda ölçü rolü oynayacağı, diğer taraftan karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade ettiği söylenmektedir. Ancak bunun, bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamadığı anlaşılmaktadır. Ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve gerekli önlemleri almasının beklenmesinin gerçek üstü bir beklenti olduğuna vurgu yapıldığı görülmektedir. Yukarıda bildirilen hususlar, yönetim kurulu üyelerinin almış oldukları kararın, özen yükümlülüğü kapsamında yapılacak değerlendirmesinde dikkate alınması gereken hususlardır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işadamı kararı ilkesinin öngördüğü karinenin unsurları arasında yer alan işadamı kararının geleceğe dönük olması ve bu yüzden de belirsizlikler içermesi, kararı karakterize eden olgulardandır. Dolayısıyla bir yöneticinin kontrolü içinde olabilecek ve özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği değerlendirmesinde sorumluluk ölçütü olarak kabul edilebilecek husus, konu hakkında duruma uygun araştırmalar yapılması, eğer gerekli ise dışarıdan veya şirket içinden bir karara varabilmek için konuyla ilgili bilgileri edinmiş olmasıdır. Bilgi edinmiş ve gerekli araştırmaları yapmış bir yönetici için yapılacak şey, rasyonel bir karar almaktır. Bu sürecin Amerikan hukukundaki, karar alma sürecindeki özen yükümlülüğüne uygun davranışı tarif ettiği söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında, özen yükümlülüğü ölçütünün sınırlarının belirlenebilir olmasının, hukuki öngörülebilirliği arttırdığı değerlendirilmesinde bulunmak mümkündür. Bu da ilkenin var olma nedenleri arasında yer alan bir işlevinin sağlanması amacına hizmet eder. Nitekim günümüzde, global şirketlerin varlığı ve dolayısıyla rekabetin uluslararası düzeyde

oluşu, ticari yaşamın çok kompleks olan yapısı, donanımlı ve profesyonel insanların yönetim kurulu üyeliği veya yöneticilik görevlerine talip olacağı bir alan yaratmayı da zorunlu kılmaktadır. Gerçek üstü bir özen yükümlülüğünün varlığı halinde, ağır bir sorumluluk yükü altına girmeyi gerektirecek yönetim kurulu üyeliği görevini profesyonel ve bu nedenle de fark yaratması olası insanların yapmak istememesi olasılığı, üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur<sup>492</sup>. Kanun Genel Gerekçesi'nde yer alan Türkiye'nin uluslararası ticaret, endüstri, hizmet ve sermaye piyasalarının bir parçası olmak zorunluluğu ve ticaret kanununda yapılacak değişikliklerle, bütün bu gelişmelerin takibi ve bunların bir parçası olabilmenin hukuki koşullarının sağlanması amacı açıklaması da yukarıdaki bildirdiğimiz bakış açısı ile yaptığımız değerlendirmeye örtüşür niteliktedir.

Mevcut düzenlemede işadamı kararı ilkesine ilişkin karineye yer verilmemiştir. Karinenin olmayışını, yukarıda bildirdiğimiz bakış açısındaki değerlendirmemizin içine koyduğumuzda, yargının yönetim kurulu kararlarının, *ex- post* bir bakış açısı yerindeliğinin denetlenmesine bir sınır getirilmek istendiği yorumunda bulunmak mümkündür. Daha açık bir ifadeyle, özen yükümlülüğü kapsamındaki inceleme, *ex- ante* olarak, karar öncesi ve karar alınması da dahil olmak üzere, karar alma sürecinin hukuka uygunluğunun değerlendirmesi olmalıdır. Kararın sonuçları öğrenildikten sonra, sonucun kolayca öngörülebilir olduğu yanılığına düşülmemelidir. Karar alma sürecinin hukuka uygunluğunun değerlendirmesi, kararın içeriğinde etkili olabilecek esaslı hususların, kararın alındığı tarihteki durumu dikkate alınarak yapılmalıdır. Usul konusundaki olası tartışmalar bir yana bırakıldığında, Gerekçe'nin, mahkemenin esasa yönelik incelemesinde, hukuki sorunu yukarıda bildirdiğimiz çerçevede ele alması gerektiği yönünde bir açıklama içerdiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, mevcut özen

---

<sup>492</sup> *Percy v. Millaudon* davasında Yüksek Mahkeme, sorumluluk ölçüsünün/sınırının, sağduyulu ortalama bilgi sahibi bir insanın dikkati ve özeni sınırlarının aşırı ihlali hali olarak kabul edilmesi gerektiğini bildirmiştir. Bunun üstünde bir beklentinin varlığı halinde, ağır bir sorumluluk yükü altına girmeyi gerektirecek yönetim kurulu üyeliği görevini kimsenin yapmak istemeyeceğine de vurgu yapmıştır. Karar için bkz. **Arşht**, s. 93-95.

yükümlülüğü kapsamında karar alma sürecinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde objektif bir takım kriterler getirerek, dolayısıyla hukuki öngörülebilirlik sağlayan bir alan yaratarak, yönetim kurulunun risk içeren, ancak uzun vadede şirketin menfaatine olacak yatırım kararları alabilmesinin önünün açmak yönündeki iradesinin varlığı da bu yolda yorumlanmasını gerektirmektedir.

## 2. İspat Yükü

İşadamı kararı ilkesinin usul olarak nasıl uygulanacağı açısından konu ele alındığında, ispat yükü hususu açık değildir ve bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Daha önceki bölümlerde yaptığımız açıklamalarda da bildirdiğimiz üzere Amerikan hukukunda, işadamı kararı ilkesinin öngördüğü karine sebebiyle ispat yükü, davacılar üzerindedir<sup>493</sup>. Türk hukukundaki mevcut düzenleme ise yönetim kurulu ve yöneticiler lehine bir karine öngörmemektedir. Ancak bu hususta bir değerlendirme yapmadan önce, Tasarı'daki düzenlemeyi ve sonradan yapılan değişiklikleri göz önünde bulundurmak gerekir.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda, yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüğünün düzenlendiği madde 369 hükmü üç fıkradan oluşmaktaydı. Yürürlükteki düzenlemede yer almayan m. 369 f. 3 hükmü "*Üyelerin ve yöneticilerin, görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karinedir*" düzenlemesini içeriyordu. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler aleyhine açılan sorumluluk davalarında ispat yükü davacının üzerindeydi<sup>494</sup>. Ancak, Adalet Komisyonu tarafından m. 553 f. 1 hükmünde yapılan değişiklikle "kusurlarının bulunmadığını" ispatlama yükü yönetim kurulu üyeleri üzerine

---

<sup>493</sup> Bu konu hakkında bkz. çalışmanın I. Bölüm ve II. Bölüm'deki açıklamalar.

<sup>494</sup> "*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.*", (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 553 f.1).

yüklenmiştir<sup>495</sup>. Tasarı metnindeki m. 369 f. 3 hükmünde yer alan özenle hareket edildiği karinesi de kaldırılmıştır<sup>496</sup>. Dolayısıyla, 6102 sayılı Kanun m. 369 f. 3 hükmü çıkartılarak ve ispat yükü yönetim kurulu üzerinde bırakılarak yasalaşmıştır. Değişiklik doktrinde kimi yazarlar tarafından eleştirilirken<sup>497</sup>, kimi yazarlar tarafından da değişikliğin yerinde olduğu<sup>498</sup> değerlendirmesinde bulunulmuştur.

Ancak, 26.06.2012 tarih, 6335 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle TTK m. 553 f. 1 hükmündeki “kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça” ifadesi de madde metninden çıkartılmıştır. Adalet Komisyonu Raporu’nda 6335 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikle ispat yükünün davacının üzerinde olacak şekilde

---

<sup>495</sup> “Tasarının 553’üncü maddesinin birinci fıkrasında hükmün daha açık ifade edilmesini ve uygulamada karşılaşılabilecek çelişkinin giderilmesini temin amacıyla “kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde” ibaresi “ihlal ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça” şeklinde Adalet Komisyonunca değiştirilmiş, Alt Komisyon tarafından yapılan redaksiyon değişiklikleri Adalet Komisyonunca da uygun görülmüştür.”, (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Gerekeç m. 553 f. 1, dipnot 81).

<sup>496</sup> **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklık, Nr. 16-76, 16-77.

<sup>497</sup> Doktrinde Tekinalp, bu değişiklikle kusurun varlığının aksi ispat edilebilir bir karine olarak kabul edildiğini, değişikliğin sisteme tam bir müdahale olduğunu ifade eder. Kusur karinesinin kurumsal izahının ve hukukilik temelinin bulunmadığını, modern hukuk yönetim kurulu üyelerinin takdir hakkını ve işadami kuralını kabul ederken Yeni Türk Ticaret Kanununa eskimiş cezalandırma anlayışının hakim olduğu değerlendirmesini yapar. Bu konuda bkz. Tekinalp, Tek Kişi Ortaklık, s. 16-77; Doktrinde Çamoğlu, değişikliğin Eski TTK sistemindeki “kusurluluk karinesi” sistemine dönüş olduğu, 369/3 hükmünün Tasarı’dan çıkartılmasının yöneticilerin sorumluluğu konusunda evrensel sorumluluk hukukunun gereği olan adil ve çağdaş bir sistemin getirilmesi bağlamında olumsuz bir müdahalede bulunulduğu değerlendirmesinde bulunur. Bu konuda bkz. **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar hukuku, Nr. 582.

<sup>498</sup> Doktrinde, Akdağ Güney, bir davacının yönetim kurulu üyesinin özensizliğini ispatlamasının çok güç olduğunu, bu nedenle de değişikliğin yerinde ve doğru olduğunu ifade eder. Bu konuda bkz. **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 89-90; Doktrinde Pulaşlı tarafından, anonim şirket ile YK arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu ve sorumluluk davasının da bu sözleşmenin ihlaline dayandığı ifade edilerek, TBK m. 112 hükmü gereği olarak yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olmadıklarını ispatlamaları gerektiği ifade edilir. Bu konuda bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 694.

düzenlendiği bildirilmektedir<sup>499</sup>. Dolayısıyla ispat yükünün Tasarı'daki gibi yeniden davacılar üzerine yüklendiği anlaşılmaktadır<sup>500</sup>.

6102 sayılı TTK m. 553 f. 1 hükmü, Tasarı metni, yasalaşma ve 6335 sayılı Kanun ile yapılan yeniden düzenlemeyle birden çok değişiklik gören bir hüküm olmuştur. Yürürlükteki maddede yer alan “kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde” ifadesi, kaleme alınış şekli olarak bakıldığında, sorumlulukta kusura vurgu yapan bir düzenleme görünümündedir. Ancak, Adalet Komisyonu Raporu'nda 6335 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik<sup>501</sup> ispat yükünün davacının üzerinde olacak şekilde yeniden düzenlendiğini bildiren açıklaması<sup>502</sup> sebebiyle ispat yükünün davacılar üzerinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>503</sup>. 6102 sayılı TTK Genel Gerekçesi ve

---

<sup>499</sup> “Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, tasfiye memurlarının sebep oldukları zararlarda kusuru ispat yükü yeniden düzenlenerek kusuru müddeinin ispat edeceği yönünde düzenlemeye gidildiği, ...” Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı İle Adalet Komisyonu Raporu, Esas No: 1/ 630, Karar No: 14 - 25. 06. 2012, s. 10.

<sup>500</sup> Bu konuda yapılan değerlendirme ve eleştiriler için bkz. **Kendigelen**, s. 458-460; **Bahtiyar Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2017, s. 389-391; **Bozkurt Yaşar**, s. 242-247; **Helvacı, Mehmet**; “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, Yeni Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketler, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 26 Ekim 2013, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (**Farklılaştırılmış Teselsül**), s. 81, s. 98.

<sup>501</sup> Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı İle Adalet Komisyonu Raporu, Esas No: 1/ 630, Karar No: 14 - 25. 06. 2012, s. 10.

<sup>502</sup> Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu düzenleyen m. 553 hükmü, TBK m. 112 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde özel hüküm niteliğindedir. Kanun koyucunun ispat yükü konusunda açık iradesinin var olduğu da görülmektedir. Özel Hüküm- Genel Hüküm İlişkisi hk. bkz. **Çağa, Tahir**; “Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder Mi?” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/ 3, s. 373- 375.

<sup>503</sup> Doktrinde, TBK m. 112 hükmü düzenlemesinin burada uygulama görüp görmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bu konuda yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki sözleşmesel ilişkinin varlığının ispat yükü açısından dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu konuda yapılan değerlendirme ve eleştiriler için bkz. **Kendigelen**, s. 458-460; benzer görüş ve değerlendirme için bkz. **Bozkurt Yaşar**, s. 247-251.

konuyla ilgili hükümlerin Gerekçeleri incelendiğinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk esasları konusunda değişiklik/ farklılaştırma yapılmak istendiği yolundaki iradenin varlığı da açıktır<sup>504</sup>. Nitekim, 6102 sayılı TTK’nda, 6762 sayılı Kanun m. 338 hükmü ile öngörülen kusur karinesine<sup>505</sup> yer verilmemiştir.

Daha önceki bölümlerde yaptığımız açıklamalarda da bildirdiğimiz üzere Amerikan hukukunda, işadamı kararı ilkesinin öngördüğü karine sebebiyle ispat yükü, davacılar üzerindedir<sup>506</sup>. Davacılar sundukları deliller ile karinenin koşullarının sağlanmadığı yönünde mahkemede makul bir şüphe yaratamadıkları takdirde mahkeme talebi reddetmektedir. Türk hukuku açısından bakıldığında, hukuki sorumluluk davasında ispat yükünün davacı üzerinde bırakıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak “işadamı kararı” konusunda belirsizlikler içeren ve yoruma ihtiyaç duyan düzenleme, bu konuda açık bir karinenin var olmadığı da dikkate alındığında, ispat yükü açısından yorumlanmaya ihtiyaç duymaktadır<sup>507</sup>. Bu nedenle bu çerçevede işadamı kararı ilkesi kapsamında ne olduğuna bir kez daha bakmak lüzumu vardır.

---

<sup>504</sup> Benzer görüş ve değerlendirme için bkz. **Özdemir**, s. 138-140; **Ayan**, s. 232-233; 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte kusurun ispat yükünün davacı tarafa ait olması sonucunun doğduğu yolundaki görüş ve bu yöndeki Yargıtay karar örnekleri için bkz. **Özekes/ Seven/ Meriç**, s. 36-37. Ancak, **Özekes/ Seven/ Meriç**, bu tespiti yaptıktan sonra, organların sorumluluğunun yasal dayanağının sözleşmesel sorumluluk olarak görülmesi gerektiğini ifade eder. Bu nedenle de, olması gereken hukuk yönünden kusurun değil, organın kusursuzluğunu ispat ile sorumluluktan kurtulmasına yönelik düzenlemenin daha doğru olduğunu bildirir. Bu yoldaki görüşleri ve açıklamaları için ayrıca bkz. **Özekes/ Seven/ Meriç**, s. 203 vd.

<sup>505</sup> “Yasada, yönetim kurulu üyeleri için kusur karinesi kabul edilmiştir. Bu durumda kusursuzluğu ispat yönetim kurulu üyelerine aittir.” Yargıtay 11. HD., 27.02.1990, E. 9543/K. 1576, Karar için bkz. **Eriş**, s. 316.

<sup>506</sup> Bu konu hakkında bkz. çalışmanın I. Bölüm ve II. Bölüm’deki açıklamalar.

<sup>507</sup> “İspat yükü, tarafların davadaki konuları ile değil, iddia ettikleri vakıalarla ilgili bir husustur.” Bu konuda bkz. **Atalay, O.**; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 2, İstanbul, 2017, (**Pekcanitez Usul**), s. 1696.

TTK m. 369 hükmü Gerekçesi'nde tedbirli yönetici ölçüsünün “işadamı kararı” verilebileceğini kabul ettiğini ve riskin bundan doğduğu hallerde sorumlu tutulmaması esasına dayandığı hususu açıklanmaktadır. Bu kapsamda karar alma sürecinin içermesi gereken özellikler ifade edilmekte ve TTK m. 553 f. 3 hükmü ile bunun somuta bağlandığı bildirilmektedir. TTK m. 553 f. 3 hükmü düzenlemesinde ise, hiç kimsenin kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağı, bu sorumlu olmama halinin gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmayacağı hükme bağlanmaktadır.

Gerekçeden çıkarımla, öncelikle “işadamı kararı” özelliklerini taşıyan bir kararın olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bir kararın işadamı kararı koruması kapsamında olduğuna karar vermek için, mahkemenin belli koşulların sağlanıp sağlanmadığı konusunda bir inceleme yapması gerekecektir<sup>508</sup>. Dolayısıyla mahkeme tarafından dikkate alınması gereken ilk husus, kararın işadamı kararı özelliklerini taşıyıp taşımadığı olacaktır.

Eğer bu özellikleri taşıyan bir kararın varlığı söz konusu ise, inceleme karar öncesini de içerecek şekilde karar sürecine odaklı olacaktır. Kararın yeterince bilgilendirilerek alınıp alınmadığı, şirketin menfaatine hareket edilip edilmediği, takdir yetkisinin şirketin menfaatine olduğu yolunda dürüst bir kanaatle kullanılıp kullanılmadığı hususları değerlendirilecektir. Başka bir ifadeyle karar alma sürecinin hukuka uygunluğu incelenecektir. Mahkeme tarafından yapılacak inceleme, kaçınılmaz olarak kararın içerik olarak değerlendirilmesini gerektirecektir<sup>509</sup>. Ancak bu inceleme, yönetim kurulu üyesinin takdir yetkisini

---

<sup>508</sup> **Pınar, Hamdi**; Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Doğan Hukuki Sorumluluğu, BATİDER, C. XXV, S. 4, 2009, s. 397; **Göktürk**, Banka Yöneticileri s. 151.

<sup>509</sup> **Göktürk**, Banka Yöneticileri, s. 151; **Göktürk**, İşadamı Kararı, s. 239-240; işadamı kararı ilkesinin uygulanma şartlarının bir “ön sorun” olarak değerlendirilebileceği, bunların varlığı halinde, sorumluluğun değerlendirmesinde göz önüne alınacak diğer hususların incelenmesi aşamasına

kullanması ile verdiği kararın, ikinci bir tahminde bulunularak uygunluğunun ya da yerindeliğinin değerlendirilmesi şeklinde olmayacaktır. Karar alma sürecinin, kararın içeriğinin gerektirdiği bütün esaslı unsurların da dikkate alınarak, hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi çerçevesinde yapılacak bir esas incelemesi olacaktır. Zira Gerekçe’de anılan ilke, işadami kararı ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek bir kararın varlığında, mahkeme tarafından yapılacak incelemenin, *ex-post* bir bakış açısıyla olmamasını gerektirmektedir. Bu açıdan bakıldığında, kanaatimizce ikinci bir tahminde bulunulmasının istenmediği sonucuna da ulaşmak mümkün görünmektedir.

Konunun usul hukuku açısından içerdiği özellikler ve bu anlamda kapsamlı bir değerlendirmesinin yapılması, Usul Hukuku çerçevesinde yapılacak ayrı bir çalışmanın konusudur. Bununla birlikte düzenlemenin genel görünümünü dikkate alındığında şu değerlendirmelerde bulunmak mümkündür: Bilindiği üzere, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak hukuki sorumluluk davalarında TTK m. 1521 hükmünün düzenlemesi gereği basit yargılama usulü uygulanmaktadır<sup>510</sup>. Basit yargılama usulünde, dava açılması ve davaya cevap verilmesi bir dilekçe ile olur<sup>511</sup>. Tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini, açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirtmek suretiyle bildirmeleri zorunludur<sup>512</sup>. Yine basit yargılama usulünde, yazılı yargılama usulünden farklı olarak, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı davanın açılmasıyla, savunmanın genişletilmesi yasağı ise cevap dilekçesinin mahkemeye

---

geçilmesine gerek olmaksızın davanın sonuçlandırılmasının mümkün olacağı yolundaki görüşü için ayrıca bkz. **Bozkurt Yaşar**, s. 272.

<sup>510</sup> **Kuru**, Medeni Usul Hukuku, s. 1692; **Tanrıver, Süha**; Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2021, s. 1208; bir iş için uygulanacak yargılama usulünden hareketle mahkemenin görevine ilişkin belirleme yapılamayacağı konusunda ayrıca bkz. **Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin**; Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2020, s. 587.

<sup>511</sup> 6100 Sayılı HMK m. 317 f. 1.

<sup>512</sup> 6100 Sayılı HMK m. 318.

verilmesiyle başlar<sup>513</sup>. Sözü edilen yargılama usulünde, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi vermek aşaması olmadığı için, tarafların iddia ve savunmalarını ve bunların temelini oluşturan delilleri sunmak konusunda olası hak kaybına uymamak için dikkat etmeleri zorunludur<sup>514</sup>.

Dolayısıyla davacının dava dilekçesinde, yönetim kurulu üyelerinin özen ve/veya sadakat yükümünü ihlal ettiğine ve sorumlu tutulmaları gerektiğine işaret eden bilgi ve delilleri bildirmesi gereklidir. Burada davalı konumundaki yönetim kurulu üyelerinin de cevap dilekçesi içeriğinde, savunmalarını ve dayandıkları vakıaların her birini hangi deliller ile ispat edeceklerini bildirmeleri gereği vardır. Zira hakim, kural olarak taraflarca ileri sürülmeyen hususları araştıramaz<sup>515</sup>, bu nedenle davalı yönetim kurulu üyesi ve/ veya yöneticilerin taleplerinin temelini oluşturan vakıaları iddia etmeleri gereklidir. Buradan çıkarımla da uyuşmazlığın işadamı kararı ilkesi kapsamında değerlendirilmesi talebinde bulunulduğunda, bu iddianın ileri sürülmesi ve ilgili hükmün uygulanması için gereken koşul vakıaların ileri süren tarafından ispatlanması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür<sup>516</sup>.

Buradan çıkarımla, davalılar tarafından “işadamı kararı”nın varlığı ve bu çerçevede bir değerlendirme yapılması talep ediliyorsa, bunun cevap dilekçesinde

---

<sup>513</sup> 6100 Sayılı HMK m. 319 f. 2.

<sup>514</sup> **Atalay**, Pekcanitez Usul, s. 2097-2099; **Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel**; Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2020, s. 749; **Kuru**, Medeni Usul Hukuku, s. 1699; **Tanrıver**, s. 1211.

<sup>515</sup> **Atalay**, Pekcanitez Usul, s. 1626.

<sup>516</sup> Bkz. **Atalay**, Pekcanitez Usul, s. 1662, s. 1702, s. 1704. Yazar, ispat yükünün maddi hukuk normlarına göre belirleneceğini, bu nedenle bir normdaki koşul vakıaların gerçekleştiğini ispat yükünün iddia edene düşeceğini bildirir. Benzer değerlendirme ve görüşler için ayrıca bkz. **Kuru**, Medeni Usul Hukuku, s. 613; **Yılmaz, Ejder**; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 3, Ankara, 2021, (**Hukuk Muhakemeleri**), s. 3563. **Yılmaz**, iddia edilen vakıayı düzenleyen hukuk kuralının gereklerinin ispatı halinde mahkemenin bu vakıa bakımından o tarafın lehine karar vermek durumunda olduğunu ifade eder.

bildirilmesi gerekecektir. Türk Medeni Kanunu m. 6 hükmü<sup>517</sup> ve HMK m. 190, f. 1 hükmü<sup>518</sup> birlikte değerlendirildiğinde, işadamı kararı çerçevesindeki düzenlemeden kendi lehine hak çıkaran davalıların, buna ilişkin delil listesini de cevap dilekçesi ile birlikte sunması gerekecektir<sup>519</sup>. Dolayısıyla davalılar tarafından, kararın işadamı kararı özelliklerini taşıdığı, yeterince bilgilendirilerek alındığı ve şirketin menfaatine hareket edildiği, takdir yetkisinin şirketin menfaatine olduğu yolunda dürüst bir kanaatle kullanıldığı hususlarının iddia edilmesi ve bunları gösterir delillerin sunulması gereklidir. Başka bir ifade ile davalı yönetim kurulu üyeleri ve/veya yöneticilerin “işadamı kararı” kapsamında aldıkları bir kararın varlığını iddia ve o kapsamda değerlendirme talep etmeleri halinde, sundukları deliller ile bunu ispat etmeleri gerekecektir. Zira mevcut düzenleme, yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler lehine bir karine sunmamaktadır. Dolayısıyla, kararın işadamı kararı niteliğinde bir karar olduğu ve Gerekçenin bu tür kararlara ilişkin olarak sunduğu sınırlı korumadan yararlanabilmek için, bundan kendi lehine hak çıkaran taraf konumundaki davalıların bunu ispat etmeleri gerektiği çıkarımında bulunmak mümkün görünmektedir<sup>520</sup>.

Sonuç olarak, Türk hukukundaki düzenlemenin mevcut yapısıyla, Amerikan hukukundaki düzenlemeden çok farklı olduğu ve yönetim kurulu üyelerine ve yöneticilerine sınırlı bir koruma alanı yarattığını söylemek mümkündür.

---

<sup>517</sup> TMK m. 6: “*Kanun’da aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguları ispatla yükümlüdür.*”

<sup>518</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.190, f. 1: “*İspat yükü, kanunda özel bir hüküm bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.*”

<sup>519</sup> TMK m. 6 ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.190, f. 1’nün genel uygulaması için bkz. **Atalay**, Pekcanitez Usul, s. 1696-1704; **Kuru**, Medeni Usul Hukuku, s. 616; **Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri, s. 616; **Tanrıver**, s. 865-867.

<sup>520</sup> Benzer değerlendirme için bkz. **Pınar**, s. 397.

### III. İŞADAMI KARARI İLKESİNİN TÜRK HUKUKUNA DAHİL EDİLMESİNİN OLASI ETKİLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. İşlevselliğini Azaltabilecek Nedenler

Amerikan şirketler hukuku, ekonomi ve dolayısıyla da ekonomi politikaları ile yakından ilgilidir<sup>521</sup>. Amerikan hukukunda ilkenin varlığı ekonomik ve hukuki nedenlere dayandırılmaktadır. Ancak, hukuki nedenlere bakıldığında da özünde ekonomik temelli bir yaklaşımın olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Amerikan şirketler hukuku uygulamasında özel bir öneme sahip Delaware Mahkemesi Yargıçları (*chancellor*) Allen/ Jacobs/ Strine tarafından kaleme alınan bir makalede Amerika Birleşik Devletleri'nin, liberal ekonomi modeline sahip olması ve bu tür ekonomi modelinde, birincil belirleyen olmamakla birlikte, yasal düzenleme ve uygulamaların ticari işletmeleri nasıl organize ve koordine ettiğinin önemi ve bunun herhangi bir toplumda servet yaratımına önemli ölçüde katkısının bulunduğu söylenir<sup>522</sup>. Büyük sermaye kaynağı oluşturulmasında anonim şirketlerin öneminden ve bu yapıların toplumsal zenginliğin yaratılması, dolayısıyla toplumsal refahın sağlanmasındaki öneminden bahsedilir<sup>523</sup>. Bu çerçevede işadami kararı ilkesinin varlığının gerisindeki hukuki nedenlere de işaret edilerek, esasen bunun bir şirketler hukuku rejimi olduğuna vurgu yapılır. Mahkemeler tarafından ikinci bir tahminde bulunulmasının istenmemesi ya da bunun kısıtlanması yönündeki ekonomik politik tercihlerin varlığına dikkat çekilir. Mahkemelerin yargısal inceleme standartlarının da, yöneticilerin risk almasını engelleyebilecek hatalı yargı kararlarının azaltılması için bir mekanizma işlevi gördüğü söylenir<sup>524</sup>.

---

<sup>521</sup> Millon, s. 262.

<sup>522</sup> Allen/ Jacobs/ Strine, Function Over Form, s. 859.

<sup>523</sup> Allen/ Jacobs/ Strine, Function Over Form, s. 859-861.

<sup>524</sup> Allen/ Jacobs/ Strine, Function Over Form, s. 869-870.

Amerikan hukukunda anonim şirketin temel amacının, pay sahiplerinin uzun vadeli kâr maksimizasyonun sağlanması olduğu yolundaki görüş (*Shareholder Primacy*), şirket kârlılığı için risk almak gerektiği sonucuna varmayı gerektirmektedir. Şirket kârlılığı, donanımlı ve dürüst yönetici istihdamının koşullarının yaratılmasını da gerekli kılmaktadır. Ancak, riskli kararların olası olumlu sonuçları, pay sahipleri için kazanç anlamına gelirken, yöneticiler için hukuki sorumluluk davaları ile karşı karşıya kalabilme olasılığı anlamını taşımaktadır<sup>525</sup>. Dolayısıyla şirket pay sahipleri ile şirket yöneticileri arasında var olduğu kabul edilen risk- kazanç merkezli menfaat çatışmasının çözüm araçlarından birisi olarak da işadamı kararı ilkesi işlev görmektedir.

Amerikan hukukunda bu tür uyuşmazlıkların yargıya taşınma olasılığının yüksek oluşu ve mahkeme kararlarındaki yaptırımların ağırlığı (tazminat miktarlarının yüksekliği)<sup>526</sup> yöneticilerin kazanç olasılığı olan ancak yüksek risk içeren kararları almak konusunda isteksiz olabilecekleri varsayımını desteklemektedir. Zira, hukuki sorumluluk davası ile karşı karşıya kalma olasılığının yüksek oluşu, nitelikli ve dürüst insanların yönetim kurulu üyeliği veya yöneticilik görevlerini yapmak konusunda tereddüt etmeleri ya da bu tür görevlere talip olmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu konuda Van Gorkom<sup>527</sup> davası sonuçlarını hatırlamak yararlıdır<sup>528</sup>. Sözü edilen davada, mahkemenin yönetim

---

<sup>525</sup> *Gagliardi v. Trifoods Int'l, Inc.*, 683 A.2d 1052 (Del. Ch. 1996), sözü edilen davada mahkeme yargıç (chancellor) Allen, halka açık şirketlerde yöneticilerin yöneticilik yaptıkları şirketlerde çok küçük oranda hisse sahibi olduğunu belirtir. Buna karşın yöneticilerin sorumluluklarının müştereken ve müteselsilen ve tüm zarardan olduğunu altını çizer. Bu nedenle de paydaşların ekonomik yararı, yöneticilere yeterli bir koruma sağlamak durumundadır, iyiniyetli oldukları ve karar alma sürecinde belli davranış yükümlülüklerini yerine getirdikleri takdirde değerlendirmesinde bulunur.

<sup>526</sup> *Americas Mining Corp. v. Theriault*, 51 A.3d 1213 (Del. 2012), sözü edilen davada Delaware Eyaleti Yüksek Mahkemesinin (*The Supreme Court of State of Delaware*) hükmettiği tazminat miktarının 2 milyar Amerikan Doları (2 billion USD) olduğu anlaşılmaktadır.

<sup>527</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A. 2d, 858 (Del. 1985).

<sup>528</sup> Bu konuda bkz. bu çalışmada II. Bölüm, “*Smith v. Gorkom* Kararı ve Sonuçları” başlığı altındaki açıklamalar.

kurulu üyelerinin tazminat ödemeleri yönünde vermiş olduğu karar sonuçlarıyla değerlendirildiğinde, şirketlerin bu tür özelliklere sahip insanlarla çalışmak için ödemek zorunda kaldığı istihdam maliyetlerinin arttığı ve şirket tarafından üstlenilen hukuki sorumluluk sigorta primlerinin yükselmiş olduğu kaydedilmektedir. Dolayısıyla, işadamı kararı ilkesinin “*agency cost*” olarak isimlendirilen temsil maliyeti olarak ifade edebileceğimiz nitelikli yöneticinin istihdam maliyetini düşürmek gibi bir işlevi de vardır.

Konuya Türk hukuku açısından bakıldığında, 6102 Sayılı Kanun Genel Gerekçesi', “Dünya’da ve Özellikle Avrupa’da Ticaret Hukukunu Etkileyen Öğretiler ve Raporlar” başlığı altında, N. 88’de yer verilen açıklamalarda; pay sahipleri başta olmak üzere, tüm ilgililerin menfaatlerinin ideal düzeyde korunması görüşünün esas alınması gerektiği bildirilmektedir. Genel Gerekçe’ de, aynı başlık altında, N.91’de; kurumsal yönetimin öne çıkan bir kavramının “paysahiplerinin değeri” diye adlandırılan “maksimizasyon” anlayışı olduğu bildirilmiştir. Ancak “maksimizasyon” kavramının içeriğinin tartışmalı ve belirsiz olduğu, toplumsal eğilim ile de çeliştiği ifade edilmiştir<sup>529</sup>. Dolayısıyla Türk şirketler hukuku, Amerikan şirketler hukukunun temel amacının pay sahiplerinin uzun vadeli kâr maksimizasyonunun sağlanması olduğu yolundaki görüşe (*Shareholder Primacy*) yabancıdır. Her iki hukuk sisteminin bu konudaki yaklaşım farklılığının, şirketlerin performansı ve dolayısıyla işadamı kararı ilkesinin uygulanmasından elde edilecek sonuçlar açısından değerlendirilmesi ekonomi ve hukuk biliminin multidisipliner yaklaşımlı ayrı bir çalışmasını gerektirir. Ancak genel bir çıkarımla, Amerikan şirketlerinin, daha rekabetçi bir yapıda olduğu ve şirket kârlılığını merkeze alan yaklaşımları ile riski daha yüksek yatırımları yapmak eğiliminde olabileceğini söylemek mümkündür<sup>530</sup>.

---

<sup>529</sup> Bkz. 6102 Sayılı Kanun Genel Gerekçe, N. 88 ve N. 91.

<sup>530</sup> Bu konuda bkz. **Roe**, *Shareholder Wealth Maximization*, s. 2063-2079.

Bu açıdan her iki ülkenin şirket yapılarının paydaşlık durumu açısından farklılıklar içerdiği de dikkate alınması gereken diğer bir husustur<sup>531</sup>. ABD, global anlamda bakıldığında; ekonomisinin büyüklüğü, borsaya kote şirket sayısı ve bu şirketlerin ekonomik değeri ile diğer ülkelerden ayrılmaktadır<sup>532</sup>. Amerikan ekonomisinin belirleyenleri konumundaki büyük montanlı şirketlerin varlığı, kaçınılmaz olarak şirketler hukukunun genel esaslarını da etkilemektedir. Borsaya kote Amerikan şirketlerinde pay sahipliği ise dağınmaktır<sup>533</sup> ve pay sahipleri ellerinde tuttukları paylarda çeşitliliğe giderek riski dağıtmaktadırlar. Dolayısıyla pay sahipleri kâr maksimizasyonunu sağlamak amacıyla şirketin risk alması, yeni ve kârlı yatırımlar yapması konusunda daha isteklidirler<sup>534</sup>. Türk anonim şirketleri ise çoğunluk pay sahiplerinin/ hakim ortakların varlığı ile Amerikan anonim şirketlerinden farklılık arz etmektedir<sup>535</sup>. Hakim pay sahipliğinin söz konusu olduğu şirketlerde, benzer şekilde aile şirketlerinde, pay sahipleri risk almak konusunda daha isteksizdirler. Yine bu paydaşlık yapısındaki şirketlerde sorumluluk davaları açılma olasılığı daha düşüktür<sup>536</sup>. Bu açıdan yapılacak değerlendirmede Türk

---

<sup>531</sup> Herhangi bir ülkedeki şirketler hukukunun yapısının, bir dereceye kadar o ülkedeki şirketlerin pay sahipliği yapısı ile ilgili olduğu değerlendirilmesi için bkz. **Armour/ Hansmann/ Kraakman/ Pargendler**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 27.

<sup>532</sup> Dünya üzerindeki Fortune 500 listesinde yer alan şirketlerin 2/3'sinin ABD'de kurulu olduğu, bu şirketlerin yıllık gayrisafi gelirlerinin 13.7 trilyon Amerikan Doları olduğu, 1.1 trilyon Amerikan Doları net karı olduğu bildirilmektedir. Bu şirketlerin piyasa değerinin de 22.6 trilyon Amerikan Doları olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. **"Fortune 500"**, <https://fortune.com/global500>, (erişim tarihi: 20.10.2019); ayrıca bkz. **PWC Global Top 100 Companies by Market Capitalization**, Mayıs 2021, s. 22-33, <http://www.pwc.com/gx/en/audit-services/capital-market/publications/assets/pwc-global-top-100-companies-2021.pdf>, (erişim tarihi: 04.04.2022).

<sup>533</sup> Bu konuda bkz. **Roe**, *Corporate Law's Limits*, s. 15-17; **Armour/ Hansmann/ Kraakman/ Pargendler**, *The Anatomy of Corporate Law*, s. 25-26.

<sup>534</sup> **Allen/Kraakman**, s. 247.

<sup>535</sup> **Demirağ/ Serter**, s. 48-49; bu konuda Almanya'nın da içinde olduğu Avrupa ülkeleri için yapılan değerlendirme için bkz. **Roe**, *Shareholder Wealth Maximization*, s. 2073-2076.

<sup>536</sup> Bu hususta Amerikan Hukuku ve Almanya Hukuku karşılaştırmalı olarak yapılan inceleme ve değerlendirme için bkz. **Jarusevicius**, s. 48-49, **Guerrea-Martinez**, s. 425-426.

anonim şirketlerinin, hakim pay sahipliği oranının fazlalığı, aile şirketi yapısındaki şirketlerin fazlalığı ile Amerikan şirketlerinden ayrıldığını söylemek gereklidir. Dolayısıyla bu fiili durum, işadami kararı ilkesinin gerisindeki yönetim kurulu üyelerinin risk alma koşulların sağlanması yönündeki amacı açısından ilkenin Türk hukukunda işlevselliğini ve etkinliğini azaltacaktır.

Bir diğer önemli husus Amerikan şirketler hukukunda Delaware Mahkemeleri'nin uzmanlığı ve etkinliğidir<sup>537</sup>. Bu uzmanlık ve etkinlik sebebiyle Delaware Mahkemeleri, şirketler hukukunun anne mahkemesi (“*the Mother Court of corporate law*”) olarak nitelenmektedir<sup>538</sup>. Büyük Amerikan şirketlerinin Delaware eyaletinde kurulmuş olması<sup>539</sup> sebebiyle Delaware Mahkemeleri, uzmanlık gerektiren davaların görüldüğü ve karara bağlandığı yer konumundadır. Görülen davalar yüksek profillidir<sup>540</sup>. Mahkemelerin kararları medya, akademisyenler ve uygulayıcılar tarafından yakından takip edilir<sup>541</sup>. İlgi odağı olması mahkeme hakimlerinin kişisel itibarlarını ortaya koymalarını gerektiren davalarla karşı karşıya kalması anlamına gelir<sup>542</sup>. Dolayısıyla davalar büyük bir titizlikle ele alınır. Bütün bu koşullar sözü edilen mahkemelerin şirketler hukuku

---

<sup>537</sup> Delaware, Amerika Birleşik Devletleri' ndeki en büyük şirketlerin büyük çoğunluğunun kurulduğu eyalettir ve Delaware şirketler hukuku diğer eyaletlerin yasal düzenleme değişikliklerinde ve yargı uygulamalarında sıklıkla baktığı otorite olarak hizmet eder. Bu konuda bkz. **Sharfman**, Importance of the Business Judgment Rule, s. 32; **Eisenberg**, The Duty of Care, s. 970.

<sup>538</sup> Bu konuda bkz. **Radin**, s. 5-11

<sup>539</sup> Amerika'da kurulu halka açık şirketlerin %66'dan fazlası ve Fortune 500 listesindeki şirketlerin %66'dan fazlasının Delaware Eyaletinde kurulduğu ifade edilmektedir. Bu konuda Bkz. About Agency, State of Delaware, [https://corp.delaware.gov/aboutagency/about the division of corporation](https://corp.delaware.gov/aboutagency/about%20the%20division%20of%20corporation), (erişim tarihi: 26.10.2019).

<sup>540</sup> **Bainbridge**, Abstention Doctrine, s. 41.

<sup>541</sup> **Johnson**, Delaware Corporate Law, s. 406-407.

<sup>542</sup> Bu nedenlerle de bir Delaware yargıcının (*chancellor*) itibarının şirketler hukuku ihtilaflarına hızlı ve dikkatli bir şekilde karar verme yeteneğine bağlı olduğu yolundaki değerlendirme için bkz. **Bainbridge**, Abstention Doctrine, s. 41.

konusunda uzmanlaşması sonucunu yaratmıştır<sup>543</sup>. Uzun süreli bir deneyim ve uzmanlaşmış olma, mahkemelerin işadami kararı ilkesinin teorik temelleri ile de bağlantı kurarak hükümler verebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu da ilkenin içtihatlar vasıtasıyla sürekli bir gelişim içinde olmasına ve güncel sorunlara çözüm bulmasına da katkı sunmaktadır. Türk hukukunun, Anglo- Amerikan hukuk sisteminden farklı olan yapısı dikkate alındığında bu katkının sınırlı olabileceğini söylemek mümkündür<sup>544</sup>.

## B. Olası Katkıları

Amerikan hukukunda anonim şirketler hukukunun rolünün, pay sahiplerinin çıkarlarına en iyi şekilde hizmet etmesini sağlamak veya daha spesifik olarak, pay sahiplerinin finansal getirilerini maksimize etmek olduğu söylenebilir<sup>545</sup>. Yine işadami kararı ilkesinin de pay sahiplerinin çıkarlarını maksimize etmek için tasarlanmış yasal stratejilerden birisi olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu yaklaşım, şirket içindeki diğer menfaat gruplarının haklarının gözetilmesinin veya sağlanmasının da pay sahiplerinin menfaatine olduğu görüşünü içermektedir<sup>546</sup>. Benzer şekilde bu bakış açısı, pay sahiplerinin getirilerinin maksimize edilmesine odaklanmanın, şirketler hukukunun genel sosyal refahı ilerletme yönündeki daha geniş hedefine hizmet edebileceği kavrayışını da içermektedir<sup>547</sup>. Dolayısıyla, şirketin amacının ne olduğu sorusunun “*shareholder primacy*” olarak cevaplandığı bu kabulde, şirketteki pay sahipleri dışında diğer menfaat gruplarının da gözetilmesi gerektiği dışlanan bir yaklaşım değildir, bilakis izlenen bir yoldur.

---

<sup>543</sup> Johnson, Delaware Corporate Law, s. 408.

<sup>544</sup> Benzer değerlendirme için bkz. Özdemir, s. 164-165.

<sup>545</sup> Armour/ Hansmann/ Kraakman/ Pargendler, The Anatomy of Corporate Law, s. 23.

<sup>546</sup> Armour/ Hansmann/ Kraakman/ Pargendler, The Anatomy of Corporate Law, s. 23.

<sup>547</sup> Armour/ Hansmann/ Kraakman/ Pargendler, The Anatomy of Corporate Law, s. 24-27.

Yine ülke zenginliğinin yaratılması ve dolayısıyla sosyal refahın sağlanması da Şirketler hukukunun daha geniş hedefi olarak tanımlanmaktadır. Nitekim, Amerikan hukukunda işadamı kararı ilkesinin arkasındaki ekonomik nedenleri açıklarken de ifade ettiğimiz üzere, risk alma ile gelişme ve büyümenin kaçınılmaz zorunlu birlikteliğine işaret edilmektedir. Önemli teknolojik gelişmelerin, çok riskli görülen yatırımların hayata geçirilmesi ile sağlandığı belirtilmektedir. Başlangıçta çok riskli görünen inovatif bu yatırımlardan, katma değereri yüksek üretim faaliyetlerinin gerçekleşmesinin sağlandığı, bu yolla yatırım yapan Şirket ve pay sahipleri yanında, toplamda toplumun kazançlı çıktığı ifade edilmektedir. Yine ekonomik değerlendirmede, global anlamda rekabette var olabilmenin de risk almakla mümkün olduğu ve bu nedenle de risk almanın korunması gerektiği bildirilmektedir<sup>548</sup>.

Her iki ülkedeki anonim Şirketlerin pay sahipliği yapısı farklıdır. Yine Türk hukukuna “pay değerinin maksimize edilmesi” anlayışı yabancıdır<sup>549</sup>. Ancak Amerikan hukukunda ilkenin gerisindeki ekonomik nedenler dikkate alındığında, ülkede zenginlik yaratılması ve genel olarak sosyal refahın sağlanması yönündeki amaç ile Genel Gerekçe’de ifade edilen uluslararası piyasaların bir parçası olmak gerekliliği vurgusunun gerisindeki amacın örtüşür olduğunu söylemek mümkündür.

Günümüze bakıldığında, özellikle inovatif yatırımlar, öngörülmeveni öngörmekten geçmektedir. Yaklaşık iki yıldır süren Covid -19 salgın süreci, hiç düşünmediğimiz, belki düşünsek de mantıksız bulabileceğimiz kimi yatırımların global ölçekte talep görebileceğini ve çok kârlı olduğunu göstermiŐtir. On-line toplantı ve video konferanslarının yapılmasına imkan sunan teknoloji Şirketleri, bunlardan en bilindik ve en çarpıcıdır. Covid- 19 Şartlarının yokluğunda çok sınırlı bilinme ve kullanılma oranına sahip bu Şirketler, Covid-19 sürecinde Şirket

---

<sup>548</sup> **Guerrea-Martinez**, s. 420-429; **Rosenberg**, s. 221-225; **Sharfman**, Wealth Maximization, s. 56 vd.

<sup>549</sup> Bu konuda bkz. TTK Genel Gerekçe, N. 91.

gelirini ve şirket değerini öngörülemez boyutta arttırmıştır. Bu büyümenin sadece salgın süreci ile sınırlı kalacağını da söylemek güçtür. Zira, bir çok konferans, toplantı ve benzerinin yer değiştirmeye gerek kalmaksızın – yer değiştirmenin maliyet ve zaman kaybı olduğu hususu da dikkate alındığında- yapılmasına imkan sağlaması, salgın koşullarının ortadan kalktığı durumda da bu tür platformların seçilen bir alternatif olarak kalması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla sözü edilen şirketler varlığını ve kârlılığını sürdürmeye devam edeceklerdir.

Özellikle teknolojik bir çağda yaşadığımız hususu da dikkate alındığında, katma değeri yüksek, inovatif yatırımların yapılması ekonomik anlamda büyümenin ve global anlamda rekabet edebilmenin bir gereğidir. Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçesi incelendiğinde de, yeni Türk Ticaret Kanunu yapılmasında bu gereksinimlerin varlığı ve bunun hukuki zeminini yaratabilmek amacının da taşındığı açıktır. Bu perspektiften bakıldığında, genel anlamda çerçevesi doğru kriterlerle belirlenmiş bir özen yükümlülüğü ve dolayısıyla sorumluluk rejiminin, risk alabilmenin önünü açma işlevi görebileceğini söylemek mümkündür.

İlke, mevcut yapıyla yönetim kurulu üyelerinin, “işadamı kararı” olarak nitelenebilecek kararlarının varlığında özen yükümlülüğünün kapsamını somutlaştırmak, dolayısıyla sorumluluk sınırlarını tayin etmek özelliklerini haizdir. Gerekçe içeriğinden “işadamı kararı” olarak nitelenebilecek kararların, geleceğe dönük ve muhtemelen risk içeren kararlar olduğu anlaşılmaktadır. Bu tür kararlara ilişkin sorumluluk davalarında değerlendirme yapılması gereken husus, kararın yerindeliği değil, sınırları belirlenmiş bir özen yükümlülüğü çerçevesinde karar alma sürecinin hukuka uygunluğunun denetimi olacaktır. Yatırım kararları gibi geleceğe dönük ve dolayısıyla risk içeren kararlarda sınırları belirsiz bir özen yükümlülüğü, şirket yönetiminin profesyonel kişiler tarafından üstlenilmesi, kurumsallaşma ve etkin bir şirket politikasının izlenmesi önünde de en büyük engeldir. Bu nedenle ilkenin uygulama görmesinin, kârlı olabilecek ancak risk

içeren kararların alınabilmesinde, hukuki belirliliği arttırabileceğini dolayısıyla bir alan yaratabileceğini söylemek mümkündür. Benzer şekilde, bu anlamda sınırları belirlenmiş bir özen yükümlülüğü daha donanımlı ve dürüst insanların bu tür görevlere talip olmalarında teşvik edici olabilecektir.

## SONUÇ

“*Business judgment rule*”, Amerikan hukukunda mahkeme kararları ile doğmuş ve gelişmiş bir ilkedir. Günümüzde Amerikan şirketler hukukunun temel ilkesi (“*central doctrine*”) olarak nitelendirilmektedir.

İlke, yönetim kurulu üyelerinin bağımsız, çıkar sağlamaksızın ve şirketin menfaatine olduğu konusunda dürüst bir kanaatle verdikleri kararların uygunluğunun mahkemeler tarafından ikinci bir değerlendirmesinin yapılmaması gerektiği fikrini esas alır. Yöneticilerin risk almasını engelleyebilecek hatalı yargı kararlarının azaltılması için bir mekanizma işlevi görür. Yönetim kurulu üyeleri tarafından alınan kararlara ilişkin hukuki sorumluluk iddialarının mahkemeler tarafından değerlendirilmesi esaslarını belirler.

İlke Amerikan hukukunda anonim şirketin amacı etrafında geliştirilen şirketler hukuku teorileri ve anonim şirketin temel amacının pay sahiplerinin uzun vadeli kâr maksimizasyonunu sağlamak olduğu yönündeki görüş (*Shareholder Primacy/Pay Sahibinin Önceliği*) ile yakından ilintilidir.

Amerikan hukukunda anonim şirketin temel amacının, pay sahiplerinin uzun vadeli kâr maksimizasyonunun sağlanması olduğu yolundaki görüş, şirket kârlılığı için risk almak gerektiği sonucuna varmayı gerektirmektedir. Şirket kârlılığı, donanımlı ve dürüst yönetici istihdamının koşullarının yaratılmasını da gerekli kılmaktadır. Ancak, riskli kararların olası olumlu sonuçları, pay sahipleri için kazanç anlamına gelirken, yöneticiler için hukuki sorumluluk davaları ile karşı karşıya kalabilme olasılığı anlamını taşır. Dolayısıyla şirket pay sahipleri ile şirket yöneticileri arasında var olduğu kabul edilen risk-kazanç merkezli menfaat çatışmasının çözüm araçlarından birisi olarak da işadami kararı ilkesi işlev görmektedir.

Amerikan hukukunda bu tür uyuşmazlıkların yargıya taşınma olasılığının yüksek oluşu ve mahkeme kararlarındaki yaptırımların ağırlığı (tazminat miktarlarının yüksekliği) yöneticilerin kazanç olasılığı olan ancak yüksek risk içeren kararları almak konusunda isteksiz olabilecekleri varsayımını desteklemektedir. Zira, hukuki sorumluluk davası ile karşı karşıya kalma olasılığının yüksek oluşu, nitelikli ve dürüst insanların yönetim kurulu üyeliği veya yöneticilik görevlerini yapmak konusunda tereddüt etmeleri ya da bu tür görevlere talip olmaması sonucunu doğurmaktadır. Benzer şekilde şirketlerin bu tür özelliklere sahip insanlarla çalışmak için ödemek zorunda kaldığı istihdam maliyetlerinin artması ve şirket tarafından üstlenilen hukuki sorumluluk sigorta primlerinin maliyetlerinin yükselmesi de ABD'nin deneyimlediği sonuçlardır. Dolayısıyla, işadama kararı ilkesinin, nitelikli yöneticilerin istihdam koşullarının yaratılması ve “*agency cost*” olarak isimlendirilen, vekalet maliyeti olarak ifade edebileceğimiz nitelikli yöneticilerin istihdam maliyetlerini düşürmek gibi bir işlevi de vardır.

Amerikan hukukunda işadama kararı ilkesi, yönetim kurulu üyelerinin ve/veya yöneticilerin, aldıkları kararlarda ve gözetim görevlerini icra ederken; yeterli inceleme yapıp bilgi sahibi olarak ve kararın şirket çıkarlarını en iyi şekilde sağlayacağına ilişkin olarak taşıdıkları dürüst bir kanaatle hareket ettikleri konusunda, aksi ispat edilebilir (adi) bir karinenin varlığını ifade etmektedir. Başka bir ifade ile işadama kararı ilkesi karar alma sürecine ilişkin objektif bir takım kriterler getirmektedir. Karar alma sürecine ilişkin olarak bu kriterlerin sağlandığı yönünde yönetim kurulu üyeleri lehine, aksi ispat edilebilir bir karinenin varlığını ifade etmekte, böylece bir koruma sağlamaktadır. Karar almaya ilişkin bu süreç tamamlanmış ise, alınan karar dolayısıyla şirket zarar etmiş olsa bile yönetim kurulu üyelerinin bu zarardan sorumlu tutulmaması esasını içermektedir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri, çıkar sağlamaksızın, bilgilendirilmiş olarak ve kararın şirketin menfaatine olduğu yönünde dürüst bir kanaat ile hareket ettikleri (*good faith*) sürece, aldıkları karar, zarar doğuran bir karar olmuş olsa bile ve karar sonucu ile birlikte değerlendirildiğinde (*ex-post* bakış açısı ile) mantıksız bir karar

gibi görünse de, sorumluluklarına gidilemeyecektir. Başka bir ifade ile, davacılar tarafından işadımı kararı ilkesinin içeriğini oluşturan bu kriterlerin sağlanmadığı yolunda mahkemede makul bir şüphe oluşturulamazsa, yönetim kurulu kararının yerindeliği değerlendirilmeyecektir. Buna karşılık, böyle bir makul şüphe oluşturulursa, bu durumda mahkemece ilgili yönetim kurulu kararı, içeriği ve sonuçları dahil tüm boyutlarıyla incelenerek, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren bir karar olup olmadığı değerlendirilecektir. Böylece işadımı kararı ilkesi, kararın içerik olarak doğru ve yerinde bir karar olup olmadığından ziyade, karar alma sürecinin hukuka uygunluğunun incelenmesini sağlamakta ve doğru süreçlerden geçilmişse, yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtarmaktadır.

Amerikan hukukunda ilkenin öngörmüş olduğu karine dikkate alındığında, karinenin, birtakım unsurları içerdiği görülmektedir. Başka bir ifade ile, karine belli davranış yükümlerinin yerine getirildiğine dair bir kabul içermektedir. Dolayısıyla karine bu özelliğiyle, hukuki sorumluluk değerlendirmesinde mahkemeye bir takım inceleme kriterleri sunmaktadır. Benzer şekilde, karinenin içerdiği unsurların/olguların sağlanmadığı konusunda mahkemede makul şüphe oluşturmak durumunda olan, başka bir ifade ile ispat yükü üzerinde olan davacılar da, rehberlik sunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Türk hukukundaki düzenleme önemli belirsizlikler içermektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda işadımı kararı ilkesinin uygulanmasına ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Kavram, Kanun Gerekeşi'nde yer almaktadır. Türk hukuku açısından bakıldığında TTK m. 369 hükmü düzenlemesinde işadımı kararı ilkesi veya ilkenin öngörmüş olduğu karineye ve uygulanmasına ilişkin herhangi bir ifade veya açıklama yer almamış olmasına karşın, Gerekeçe'de tedbirli yönetici ölçüsünün açıklanması sırasında ilkeye atıfta bulunulmuş olmasının önemli olduğu kanaatindeyiz. Zira, Amerikan hukuku çerçevesinde yaptığımız açıklamalarda da ifade ettiğimiz üzere, güvene dayalı yükümlülüklerin genel olan yapısı kaçınılmaz olarak TTK m. 369 hükmünün

yorumlanmasını ve dolayısıyla hükmün Gerekçe'sinin önemini arttırmaktadır. Bunun yanında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin güvene dayalı yükümlülüklerinin esasları konusunda 6762 sayılı Kanun düzenlemesinden önemli farklılıklar ve yenilikler içeriyor olması da hükmün yorumlanması lüzumunu, dolayısıyla hükmün Gerekçesinin önemini arttıran diğer hususlardır.

Madde 369 hükmü Gerekçesi'nde, işadamı kararı ve bununla ilgili açıklamalara bakıldığında; tedbirli yönetici ölçüsünün kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "*işadamı kararı*" ("*business judgement rule*") verilebileceğini kabul ettiği ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayandığı ifade edilmektedir. Gerekçeden çıkarımla, tedbirli yöneticinin işadamı kararı verebileceği anlaşılmaktadır. Başka bir ifade ile tedbirli yönetici ölçüsünün işadamı kararı vermeyi dışlamadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

İşadamı kararı (*business decision*), neyi ifade eder sorusu ile Amerikan hukukuna bakıldığında, yönetim kurulunun almış olduğu kararların hepsinin işadamı kararı ilkesinin uygulama göreceği kararlar (*business decision*) kapsamında değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. Burada belirleyici olan husus, kararın şirketi temsilen ve şirketin ticari faaliyetlerine yönelik olarak alınmış olması ve takdir kullanımı gerektiriyor olmasıdır. Şirketin ticari faaliyetlerine yönelik olarak alınan kararın, şirket üzerinde ekonomik etkisi olması, farklı yönde karar vermeyi gerektirebilecek olasılıkların varlığı ve bu nedenlerle de araştırma yapmak, bilgi toplamak ve takdir kullanımı gerektirmesi bu tür kararların ayırt edici özellikleridir. Yine işadamı kararı ilkesinin varlık nedeni dikkate alındığında bu tür kararların geleceğe dönük olması ve doğurabileceği sonuçlar açısından belirsizlik içermesi de olası nitelikler arasındadır. Buradan çıkarımla, inovatif olarak nitelenebilecek yatırım kararları, yeni ürün veya hizmetlerin üretimi veya hayata geçirilmesine dönük yatırım kararları, bu konuda örnek olarak verilebilecek türden kararlardır.

Duruma uygun araştırmalar yapılıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemeyeceği de açıktır. Dolayısıyla özenden anlaşılması gereken; duruma uygun araştırmalar yapılıp, ilgililerden bilgiler alınması ve yönetim kurulunda karar verilmesidir. Açıklamada karar öncesi ve karar verme sürecine birlikte işaret etmekte ve bilgilenmiş olmaya vurgu yapılmaktadır. Bilgilenmekten anlaşılması gereken ise, alınacak karar konusunda konunun gerektirdiği ölçüde bilgi edinmeye, kararın verilmesinde esaslı olan hususların incelenmesini, gerekli ise sektörel bazda incelemeler yaptırmayı, uzman bilgisi istemeyi, analizler yaptırmayı içerecektir. Karar verme öncesi ve karar sürecinde gerekli hazırlıkları yapmış bir yönetici için, karar almayı gerektiren konunun içerdii maddi olgularla birlikte değerlendirildiğinde, alınabilecek karar konusunda muhakkak farklı seçenekler olabilir. Sonuçtan bağımsız olarak, karar bilgilenmiş olarak alınmış, somut olgularla birlikte değerlendirildiğinde mantık ve sağduyu sınırları dışında değilse ve takdir yetkisi dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılmışsa tedbirli yönetici ölçüsü içinde kalınmış olacaktır. Başka bir ifade ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun özen ölçütü yani tedbirli yönetici ölçüsünün, yönetim kurulunun takdir yetkisini kullanarak “işadamı kararı” olarak nitelenebilecek kararları almasını dışlamadığını ve bu tür kararlarda özen ölçütünü, duruma uygun araştırmaların yapılması ve bilgilenmiş olarak hareket edilmesi olarak belirlediğini söylemek mümkündür.

Gerekçedeki, tedbirli yöneticinin işadamı kararı verebileceği ifadesi bir başka sonuca varmayı da gerektirmektedir. Burada “işadamı kararı” verebilir derken, yönetim kurulu üyesinin, alacağı kararlara ilişkin olarak sahip olduğu takdir yetkisine vurgu yapılmış ve buna bir alan yaratılmıştır. Başka bir ifade ile yönetim kurulu üyeleri takdir yetkilerini kullanıyor ve bir karar alınıyorsa, farklı seçeneklerin var olduğu olasılıkta takdir yetkisinin bir yönde kullanılmış olmasının sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmek istenmiştir. Dolayısıyla Türk hukuku açısından bakıldığında, tedbirli yöneticinin işadamı kararı verebileceği açıklaması, öncelikli olarak ilkenin uygulama görmesi mümkün olan kararlarının ayırt edici

özelliklerini saymaktadır. Diğer yandan da, yönetim kurulunun takdir yetkisinin yasal dayanağı kabul edilen TK m. 374 hükmüne gitmeye gerek kalmaksızın ve bir adım öteye giderek, başka bir ifadeyle takdir yetkisinin varlığını kabul dışında, karar alma sürecinde takdir yetkisine bir alan yaratmakta ve bu anlamda da takdir yetkisinin hukuken korunması anlamını içermektedir. Başka bir ifadeyle takdir yetkisi, keyfi bir şekilde kullanılmamışsa, takdir yetkisinin kullanımında şirketin menfaati dışında kişisel menfaat temin etmek veya şirket menfaati dışında başka amaçlarla hareket edilmemişse, alınan kararın esasına ilişkin hususlar yeterince araştırılmışsa, karar bağımsız olarak ve şirketin menfaatine olacağı yolunda dürüst bir kanaatle alınmışsa sorumluluk doğurmaması anlamını içermektedir. Yine buradan çıkarımla, tek başına takdir hatası yapılmış olmasının, sorumluluk doğurmayacağı sonucuna ulaşılması mümkündür.

Dolayısıyla bir yöneticinin kontrolü içinde olabilecek ve özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği değerlendirmesinde sorumluluk ölçütü olarak kabul edilebilecek husus, konu hakkında duruma uygun araştırmalar yapılması, eğer gerekli ise dışarıdan veya şirket içinden bir karara varabilmek için konuyla ilgili bilgileri edinmiş olmasıdır. Bilgi edinmiş ve gerekli araştırmaları yapmış bir yönetici için yapılacak şey, rasyonel bir karar almaktır. Bu sürecin Amerikan hukukundaki, karar alma sürecindeki özen yükümlülüğüne uygun davranışı tarif ettiği söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında, özen yükümlülüğü ölçütünün sınırlarının belirlenebilir olmasının, hukuki öngörülebilirliği arttırdığı değerlendirilmesinde bulunmak mümkündür. Bu da ilkenin var olma nedenleri arasında yer alan bir işlevinin sağlanması amacına hizmet eder. Nitekim günümüzde, global şirketlerin varlığı ve dolayısıyla rekabetin uluslararası düzeyde oluşu, ticari yaşamın çok kompleks olan yapısı, donanımlı ve profesyonel insanların yönetim kurulu üyeliği veya yöneticilik görevlerine talip olacağı bir alan yaratmayı da zorunlu kılmaktadır. Gerçek üstü bir özen yükümlülüğünün varlığı halinde, ağır bir sorumluluk yükü altına girmeyi gerektirecek yönetim kurulu üyeliği görevini profesyonel ve bu nedenle de fark yaratması olası insanların yapmak istememesi olasılığı, üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur.

Mevcut düzenlemede işadamı kararı ilkesine ilişkin bir karineye yer verilmemiştir. Karinenin olmayışını, yukarıda bildirdiğimiz bakış açısındaki değerlendirmemizin içine koyduğumuzda, yargının yönetim kurulu kararlarının, *ex- post* bir bakış açısı yerindeliliğini denetlemesine bir sınır getirilmek istendiği yorumunda bulunmak mümkündür. Daha açık bir ifadeyle, özen yükümlülüğü kapsamındaki inceleme, *ex- ante* olarak, karar öncesi ve karar alınması da dahil olmak üzere, karar alma sürecinin hukuka uygunluğunun değerlendirmesi olmalıdır. Kararın sonuçları öğrenildikten sonra, sonucun kolayca öngörülebilir olduğu yanılığına düşülmemelidir. Karar alma sürecinin hukuka uygunluğunun değerlendirmesi, kararın içeriğinde etkili olabilecek esaslı hususların, kararın alındığı tarihteki durumu dikkate alınarak yapılmalıdır.

Davalı yönetim kurulu üyeleri ve/veya yöneticilerin “*işadamı kararı*” kapsamında aldıkları bir kararın varlığını iddia ve o kapsamda değerlendirme talep etmeleri halinde, sundukları deliller ile bunu ispat etmeleri gerekecektir. Zira mevcut düzenleme, yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler lehine bir karine sunmamaktadır. Dolayısıyla, kararın işadamı kararı niteliğinde bir karar olduğu ve Gerekçenin bu tür kararlara ilişkin olarak sunduğu sınırlı korumadan yararlanabilmek için, bundan kendi lehine hak çıkaran taraf konumundaki davalıların bunu ispat etmeleri gerektiği çıkarımında bulunmak mümkün görünmektedir.

Sonuç olarak, Türk hukukundaki düzenlemenin mevcut yapısıyla, Amerikan hukukundaki düzenlemeden çok farklı olduğu ve yönetim kurulu üyelerine ve yöneticilerine sınırlı bir koruma alanı yarattığını söylemek mümkündür.

Genel Gerekçe’ de, N.91’de; kurumsal yönetimin öne çıkan bir kavramının “*paysahiplerinin değeri*” diye adlandırılan “*maksimizasyon*” anlayışı olduğu bildirilmiştir. Ancak “*maksimizasyon*” kavramının içeriğinin tartışmalı ve belirsiz olduğu, toplumsal eğilim ile de çeliştiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Türk şirketler

hukuku Amerikan şirketler hukukunun temel amacının pay sahiplerinin uzun vadeli kâr maksimizasyonun sağlanması olduğu yolundaki görüşe (*Shareholder Primacy*) yabancıdır. Her iki hukuk sisteminin bu konudaki yaklaşım farklılığının, şirketlerin performansı ve dolayısıyla işadami kararı ilkesinin uygulanmasından elde edilecek sonuçlar açısından değerlendirilmesi ekonomi ve hukuk biliminin multidisipliner yaklaşımlı ayrı bir çalışmasını gerektirir. Ancak genel bir çıkarımla, Amerikan şirketlerinin, daha rekabetçi bir yapıda olduğu ve şirket kârlılığını merkeze alan yaklaşımları ile riski daha yüksek yatırımları yapmak eğiliminde olabileceğini söylemek mümkündür.

Bu açıdan her iki ülkenin şirket yapılarının paydaşlık durumu açısından farklılıklar içerdiği de dikkate alınması gereken önemli bir diğer husustur. ABD, global anlamda bakıldığında; ekonomisinin büyüklüğü, borsaya kote şirket sayısı ve bu şirketlerin ekonomik değeri ile diğer ülkelerden ayrılmaktadır. Türk anonim şirketleri ise çoğunluk pay sahiplerinin/ hakim ortakların varlığı ile Amerikan anonim şirketlerinden farklılık arz etmektedir. Hakim pay sahipliğinin söz konusu olduğu şirketlerde, benzer şekilde aile şirketlerinde, pay sahipleri risk almak konusunda daha isteksizdirler. Yine bu paydaşlık yapısındaki şirketlerde sorumluluk davaları açılma olasılığı daha düşüktür. Bu açıdan yapılacak değerlendirmede Türk anonim şirketlerinin, hakim pay sahipliği oranının fazlalığı, aile şirketi yapısındaki şirketlerin fazlalığı ile Amerikan şirketlerinden ayrıldığını söylemek gereklidir. Dolayısıyla bu fiili durum, işadami kararı ilkesinin gerisindeki yönetim kurulu üyelerinin risk alma koşulların sağlanması yönündeki amacı açısından ilkenin Türk hukukunda işlevselliğini ve etkinliğini azaltacaktır.

Bir diğer önemli husus Amerikan şirketler hukukunda Delaware Mahkemeleri'nin uzmanlığı ve etkinliğidir. Uzun süreli bir deneyim ve uzmanlaşmış olma, mahkemelerin işadami kararı ilkesinin teorik temelleri ile de bağlantı kurarak hükümler verebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu da ilkenin içtihatlar vasıtasıyla sürekli bir gelişim içinde olmasına ve güncel sorunlara çözüm bulmasına da katkı sunmaktadır. Türk hukukunun, Anglo-Amerikan hukuk

sisteminden farklı olan yapısı dikkate alındığında bu katkının sınırlı olabileceği değerlendirilmesinde bulunmak mümkündür.

Amerikan hukukunda anonim şirketler hukukunun rolünün, pay sahiplerinin çıkarlarına en iyi şekilde hizmet etmesini sağlamak veya daha spesifik olarak, pay sahiplerinin finansal getirilerini maksimize etmek olduğu söylenebilir. Yine işadamı kararı ilkesinin de pay sahiplerinin çıkarlarını maksimize etmek için tasarlanmış yasal stratejilerden birisi olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu bakış açısı, pay sahiplerinin getirilerinin maksimize edilmesine odaklanmanın, şirketler hukukunun genel sosyal refahı ilerletme yönündeki daha geniş hedefine hizmet edebileceği kavrayışını da içermektedir. Yine ülke zenginliğinin yaratılması ve dolayısıyla sosyal refahın sağlanması da şirketler hukukunun daha geniş hedefi olarak tanımlanmaktadır. Nitekim, Amerikan hukukunda işadamı kararı ilkesinin arkasındaki ekonomik nedenlerini açıklarken de ifade ettiğimiz üzere, risk alma ile gelişme ve büyümenin kaçınılmaz zorunlu birlikteliğine işaret edilmektedir.

Her iki ülkedeki anonim şirketlerin pay sahipliği yapısı farklıdır. Yine Türk hukukuna “*pay değerinin maksimize edilmesi*” anlayışı yabancıdır. Ancak Amerikan hukukunda ilkenin gerisindeki ekonomik nedenler dikkate alındığında, ülkede zenginlik yaratılması ve genel olarak sosyal refahın sağlanması yönündeki amaç ile Genel Gerekçe’de “*uluslararası piyasaların bir parçası olmak*” başlığı altında yapılan açıklamaların gerisindeki amacın örtüştüğü değerlendirilmesinde bulunmak mümkündür.

Günümüze bakıldığında, özellikle inovatif yatırımlar, öngörülmeveni öngörmekten geçmektedir. Özellikle teknolojik bir çağda yaşadığımız hususu da dikkate alındığında, katma değeri yüksek, inovatif yatırımların yapılması ekonomik anlamda büyümenin ve global anlamda rekabet edebilmenin bir gereğidir. Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçesi incelendiğinde de, yeni Türk Ticaret Kanunu yapılmasında bu gereksinimlerin varlığı ve bunun hukuki zeminini yaratabilmek amacının da taşındığı açıktır. Bu perspektiften bakıldığında, genel anlamda

çerçevesi doğru kriterlerle belirlenmiş bir özen yükümlülüğü ve dolayısıyla sorumluluk rejiminin, risk alabilmenin önünü açma işlevi görebileceği açıktır.

Türk hukuku düzenlemesinde ilke, mevcut yapısıyla yönetim kurulu üyelerinin, “*işadamı kararı*” olarak nitelenebilecek kararlarının varlığında özen yükümlülüğünün kapsamını somutlaştırmak, dolayısıyla sorumluluk sınırlarını tayin etmek özelliklerini haizdir. Bu nedenle ilkenin uygulama görmesinin, kârlı olabilecek ancak risk içeren kararların alınabilmesinde, hukuki belirliliği arttırabileceğini dolayısıyla bir alan yaratabileceğini söylemek mümkündür. Benzer şekilde, bu anlamda sınırları belirlenmiş bir özen yükümlülüğü daha donanımlı ve dürüst insanların bu tür görevlere talip olmalarında teşvik edici olabilecektir.

## KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, N.:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2010, **(Hukuki Sorumluluk).**
- Akdağ Güney, N.:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2016, **(Yönetim Kurulu).**
- Akıntürk, T./ Ateş, D.:** Medeni Hukuk, İstanbul, 2020.
- Akipek, J./ Akıntürk T./ Ateş, D.:** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2021.
- Akyol, Ş.:** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2006.
- Alchian, A. A./ Demsetz, H.:** Production, Information Costs and Economic Organization, American Economic Review, Vol. 62, No. 5, (Dec., 1972), s. 777-795.
- Allen, W. T.:** Ambiguity In Corporation Law, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 22, s. 894-903, 1997.

- Allen, W. T.:** Modern Corporate Governance and the Erosion of the Business Judgment Rule in Delaware Corporate Law, CLPE Research Paper 06/2008 Vol. 04 No. 02, (2008), [http://ssrn.com/abstractid= 1105591](http://ssrn.com/abstractid=1105591), (erişim tarihi: 14.08.2020).
- Allen, W. T./ Jacobs, J. B./ Strine, L. E. Jr.:** Realigning the Standard of Review of Director Due Care With Delaware Public Policy: A Critique Van Gorkom And Its Progeny as a Standard of Review Problem, 96 N.W.U.L. Rev. , 2002, s. 449-466, (**The Standards of Review**).
- Allen, W. T./ Jacobs, J. B./ Strine, L. E.:** Function over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law, The Business Lawyer, C. 56, 2001, s. 1287-1321, (**Function over Form**).
- Allen, W. T./ Kraakman, R.:** Commentaries and Cases on The Law of Business Organization, 5. Edition, Wolters Kluwer, NY, 2016.

- American Bar Association:** Model Business Corporation Act: Official Text with Official Comment and Statutory Cross-References, (2016 Revision), December 9, 2016, USA.
- American Bar Association:** Corporate Director’s Guidebook, 4. Baskı, 2004.
- Ansay, T.:** Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor, Ankara, 2005, (**Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor**).
- Ansay, T.:** Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982.
- Arkan, S.:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2017.
- Arkes, H. R./**
- Schipani, C. A.:** “Medical Malpractice v. the Business Judgment Rula: Differences in Hindsight Bias”, Oregon Law Review, vol. 73, no. 3, Fall 1994, s. 587-638.
- Armour, J./ Enriques, L./**
- Hansmann, H./ Kraakman, R.:** The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach, 3. Edition, Oxford University Press, UK, 2017, (**The Anatomy of Corporate Law**).

- Armour, J./ Gordon, J. N.:** Systemic Harms and Shareholder Value” The Journal of Legal Analysis, C. 6, S. 1, October 2014, ECGI Law Working Paper No. 222, Columbia Law and Economics Working Paper No. s. 35-85, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2307959](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2307959), (erişim tarihi: 24.10.2020).
- Arsht, S.:** “The Business Judgment Rule Revisited”, Hofstra Law Review, C. 8, s. 93-134, 1979.
- Arslan, R./ Yılmaz, E./ Taşpınar Ayvaz, S./ Hanağası, E.:** Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2020.
- Arslanlı, H.:** Anonim Şirketler II, İstanbul, 1960.
- Atalay, O.:** Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 2, C. 3, İstanbul, 2017, (**Pekcanitez Usul**).
- Atalı, M./ Ermenek, İ./ Erdoğan, E.:** Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2020.
- Ay Kaplan, Ü.:** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Gözetim Görevi, Ankara, 2017.
- Ayan, Ö.:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, 2021.

- Bahtiyar, M.:** Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2017.
- Bainbridge, S. M.:** “The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine”, UCLA School of Law, Research Paper No. 03-18, **(Abstention Doctrine)**.
- Bauman, J. D./ Palmiter, A. R./ Partnoy, F.:** Corporations Law And Policy, Materials and Problems, 6. Edition, 2007, USA.
- Baumgartner, A.:** “Functional Reception” Exemplified by the Austrian Business Judgment Rule (More Than) a Comparison With Germany and Delaware, LL.M. Long Paper, **(Supervisor: Reinier Kraakman)**, Harvard Law School, Cambridge, April 2017.
- Battal, A.:** Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluk Rejimi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, s. 31-40, 2012.

- Bengi, A.:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: “Business Judgment Rule” (Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009.
- Berle, A. A. Jr.:** Corporate Powers as Powers in Trust, Harvard Law Review, Vol. 44, No.7, (May, 1931), s. 1049-1074, (**Berle**).
- Berle, A. A. Jr.:** For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note, Harvard Law Review, Vol. 45, 1932, s. 1365-1372.
- Berle, A. A./ Means G. C.:** The Modern Corporation and Private Property, (İlkYayım: Macmillan, 1933), NY, 2009.
- Black, B. S. :** “The Principal Fiduciary Duties of Board of Directors”, Stanford Law School, Presentation at Third Asian Roundtable on Corporate Governance, Singapore, 2001.

**Black, B./ Kraakman, R.:**

A Self – Enforcing Model of Corporate Law, 109 Harvard Law Review, s. 1911-1982, (1996), [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=10037](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=10037), (erişim tarihi:18.02.2020).

**Boubaker, S./ Nguyen, P.**

**/ Rouatbi, W.:**

Multiple large shareholders and corporate risk taking: Evidence from French Family Firms, European Financial Management, s. 1-51, <https://ssrn.com/abstract=2708280>, (erişim tarihi: 10.10.2021).

**Bozkurt Yaşar, S.:**

Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul, 2015.

**Bratton, W.W.:**

The “Nexus of Contracts” Corporation: A Critical Appraisal, (1989), Faculty Scholarship at Penn Law. 839, s. 407-465, (**Nexus of Contracts**).

- Bratton, W.W./ Watcher, M. L.:** Shareholder Primacy's Corporatist Origins: Adolf Berle and the Modern Corporation, *Journal of Corporation Law*, C. 34, no.1, Fall 2008, s. 99-152, (**Shareholder Primacy**).
- Clark, R. C.:** *Corporate Law*, Aspen Law & Business, s. 123-189, 1986.
- Coase, R.:** The Nature of the Firm, *Economica*, Volume 4, Issue 16, s. 386-405, November 1937.
- Coffee, J. C.:** The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and Its Implications, *Northwestern University Law Review*, C. 93, S. 3, , s. 641-708, 1999.
- Conference Panel Discussion:** (Panelists: **Richard M. Buxbaum, Harvey J. Goldschmid, P. John Kozyris, Phillip C. Sorensen, Tamar Frankel, Robert W. Hamilton, Alan Schwarz, James M. Tobin**), *Ohio State Law Journal*, C. 45: 615, 1984, s. 629 -653.

- Çağa, T.:** “Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi? ” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/ 3, s. 366-375.
- Çamoğlu, E.:** Sorumluluk Hukukunun Evrensel İlkeleri Işığında Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s. 407-417, **(Sorumluluk Hukukunun Evrensel İlkeleri).**
- Çamoğlu E.:** “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı” İktisat Maliye, C. XVII, S. 2, 1970, s. 77-82.
- Çamoğlu E.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu: Kamu Borçlarından Sorumluluk İle, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, 2010, **(Hukuki Sorumluluk).**
- Davies, P./ Hopt, J. K./**  
**Nowak, R./ Solinge, G. V.:** Corporate Boards in Law and Practice, A Comparative Analysis in Europe, Oxford, 2013.

- Demirag, I./ Serter, M.:** Ownership Patterns and Control in Turkish Listed Companies, Corporate Governance An International Review, C. 11, No. 1, Ocak 2003, s. 40-51.
- Dinçer Araz, N.:** “Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak “Özen Yükümü (Diligentia)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, 2020, s. 171-218.
- Dinç, S.:** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2021.
- Dodd, M. E. Jr.:** For Whom Are Corporate Managers Trustees?, Harvard Law Review, vol. 45, No.7, (May, 1932), s. 1145-1163.
- Doğrusöz, H.:** Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, İstanbul, 2010.
- Domaniç, H.:** Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul 1988.

**Easterbrook, F. H./**

**Fischel, D. R.:**

Corporate Control Transactions, The  
Yale Law Journal, C. 91, 1982, s. 698-  
737.

**Easterbrook, F. H./**

**Fischel, D. R.:**

The Economic Structure of Corporate  
Law, Harvard University Press,  
Cambridge, MA, 1991, (**The  
Economic Structure of Corporate  
Law**).

**Eisenberg, M. A.:**

The Conception That the Corporation  
is a Nexus of Contracts, and the Dual  
Nature of the Firm, The Journal of  
Corporate Law, C.4, 1999, s. 819-  
836, (**Dual Nature of the Firm** ).

**Eisenberg, M.A.:**

The Duty of Care of Corporate  
Directors and Officers , University of  
Pittsburgh Law Review, C.51, 1990,  
s. 945-972, (**The Duty of Care**).

**Eisenberg, M.A.:**

The Duty of Good Faith in Corporate  
Law, Delaware Journal of Corporate  
Law, C. 31, 2006, s. 1-75, (**Good  
Faith**).

- Eisenberg, M.A.:** The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law, Fordham Law Review, C. 62, 1993, s. 437-468, (**The Divergence of Standards**).
- Engert, A./ Goldlücke, S.:** Why Agents Need Discretion: The Business Judgment Rule as Optimal Standard of Care, Mannheim Department of Economics Working Paper Series, 13-04, 2014, s. 1-35.
- Eren, F.:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015.
- Eren, F./ Dönmez Ü.:** Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. 1, Ankara, 2022.
- Eriş, G.:** Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, Mart 1995.
- Fama, E. F./ Jensen, M. C.:** Separation of Ownership And Control, Journal of Law&Economics, The University of Chicago, C. 26, No. 2, (June 1983), s. 301-325.

- Furlow, C. W.:** “Good Faith, Fiduciary Duties, and the Business Judgment Rule in Delaware”, 2009 Utah L. Rev., 2009, s. 1061-1095.
- Garner, B. A.:** Black’s Law Dictionary, Eight Edition, 2004, USA, (**Black’s Law Dictionary**).
- Gold, A. S.:** A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty, Maryland Law Review, Volume 66, Issue 2, 2007, s. 398-473.
- Goldberg, J. C. P.:** In Memoriam: Ronald Dworkin, Harvard Law Review, Vol. 127, N. 2, December 2013, s. 489-511.

- Gordon, J. N.:** The Rise of Independent Directors In the United States, 1950-2005: Of Shareholders Value And Stock Market Prices, Colombia Law and Economics Working Paper No: 201, ECGI-Law Working Paper No. 74/2006, s. 1465-1568.
- Greenfield, K./ Nilsson, J. E.:** Gradgrind’s Education: Using Dickens and Aristotle to Understand (and Replace) the Business Judgment Rule, 63 Brook L. Rev. (1997), s. 799-859.
- Göksu, H. T.:** “Ronald Dworkin’in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 4, 1.04.2014, s. 114-132.
- Göktürk, K.:** Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2013, **(Banka Yöneticileri)**.
- Göktürk, K.:** “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2011, s. 207-247, **(İşadamı Kararı)**.

- Griffith, S. J.:** Good Faith Business Judgement: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence, Duke Law Review, C. 55, S. 1, Ekim 2005, s. 1- 73.
- Grigoleit, H. C.:** “Directors’ Liability and Enforcement Mechanisms – General Structure and Key Issues – From the German Perspective”, Hamburg, May 28/29, 2015, [http://ssrn.com/abstract = id 2728726](http://ssrn.com/abstract=id2728726), (erişim tarihi: 04.07.2021).
- Guerrea-Martinez, A.:** Re-examining the law and economics of the business judgment rule: notes for its implementation in non-US jurisdictions, Journal of Corporate Law Studies, C. 18 No. 2, 2018, s. 418-438.
- Güriz, A./ Hacımahmutoğlu, S.:** “Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım”, BATİDER, C.31, S. 3, 2015, s. 23-56.
- Hacımahmutoğlu, S.:** AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı, Ankara, 2008, **(Yönetim Kurulunun Yapısı)**.

- Hacımahmutoğlu, S.:** “The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı mı?”, BATİDER, C. XXX, S. 4, Aralık 2014, s. 99-148.
- Hamermesh, L. A./ Strine, L. E. Jr.:** Fiduciary Principles and Delaware Corporation Law: Searching For The Optimal Balance by Understanding That The World Is Not, Discussion Paper 937, 10/2017, Harvard Law School, Cambridge, s. 1-41.
- Hansmann, H./ Kraakman, R.:** The End of History for Corporate Law, Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Discussion Paper No. 280, January 2000, (**The End Of History**), <http://ssrn.com/abstract/id204528> (erişim tarihi: 19.12.2019).
- Hausmaninger, H.:** “Diligentia Quam In Suis: A Standard of Contractual Liability From Ancient Roman to Modern Soviet Law”, Cornell International Law Journal, Volume 18, Summer 1985, Number 2.

- Helvacı, M.:** “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, Yeni Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketler, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, 26 Ekim 2013, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **(Farklılaştırılmış Teselsül)**.
- Helvacı, M.:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2001, İstanbul, **(Hukuki Sorumluluk)**.
- Hermann, D. H. J.:** Review of “Economic Analysis of Law” by Richard A. Posner, Washington University of Law Review, C. 1974, S. 2/10, 1974, s. 354-374.
- Hurt, C.:** The Duty to Manage Risk, Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Research Paper No LBSS14-09, [http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract\\_id=2308007](http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=2308007), (erişim tarihi: 19.11.2019).
- Holland, R. J.:** Delaware Directors’ Fiduciary Duties: The Focus On Loyalty, 2008 Distinguished Jurist Lecture, U. of Pennsylvania Journal of Business Law, C. 11:3, 2009, s. 675-701.

- Jarusevicius, J.:** “Business Judgment Rule – Comparative Analysis between United States and Germany LL.M Long Paper, (**Supervisor: Mark Roe**), Harvard Law School, May 2016, Cambridge.
- Jensen, M. C./ Meckling, W.:** Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics, 1976, Vol. 3, No. 4, s. 305 -360, electronic copy : [http://ssrn.com/abstract = 94043](http://ssrn.com/abstract=94043), s. 1-73. (erişim tarihi: 04.02.2021).
- Jolls, C./ Sunstein, C. R./ Thaler, R.:** “A Behavioral Approach to Law and Economics”, Stanford Law Review, Vol. 50, 1998, [http://ssrn.com/abstract, ssrn - id2292029](http://ssrn.com/abstract=2292029), (erişim tarihi: 11.02.2020), s. 1771-1550.
- Johnson, L. P. Q:** Rethinking Judicial Review of Director Care, Delaware Journal Of Corporate Law, C. 24, 1999, s. 787-834, (**Rethinking Judicial Review**).

- Johnson, L. P. Q.:** Unsettledness in Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose, 38 Del. J. Corp. L. (2013), s. 405-452, (**Delaware Corporate Law**).
- Johnson, L. P. Q.:** “The Modest Business Judgment Rule”, The Business Lawyer, C. 55, 2000, s. 625- 652, (**The Modest Rule**).
- Johnson, L. P. Q.:** “Corporate Officers and the Business Judgment Rule The Modest Business Judgment Rule”, The Business Lawyer, C. 60, 2005, s. 439- 469, (**Corporate Officers**).
- Justinas, J.:** “Business Judgment Rule – Comparative Analysis between United States and Germany LL.M Long Paper, (**Supervisor: Mark Roe**), Harvard Law School, May 2016, Cambridge.
- İmregün, O.:** Kara Ticaret Hukuku, İstanbul, 2001.
- İmregün, O.:** Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, (**Anonim Ortaklık**).

- İmregün, O.:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, s. 255-277, (**Hukuksal Sorum**).
- Kahneman, D./  
Tversky, A.:** Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk , Econometrica, C. 47, No. 2 (Mar., 1979), s. 263-291, <http://www.jstor.org/stable/1914185> (erişim tarihi: 24.10.2020).
- Kantarıcı, N.:** İşletmelerde Bilgi Sistemlerinin İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Üretim Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, (**Tez Danışmanı: Gençyılmaz, Güneş**), İstanbul, 1992.
- Kaplow, L./ Shavell, S.:** Economic Analysis of Law, Harvard Law School John M. Olin Center For Law, Economics and Business Discussion Paper Series, No. 251, 1999.
- Kaplow, L.:** "Rules versus Standards: An Economic Analysis", Duke Law Journal, C. 42, 1992, s. 557- 629.

- Kendigelen, A.:** Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2016.
- Kervankıran, E.:** “Alman Hukuku’nda Business Judgment Rule’nin Kodifikasyonu- Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2007, s. 249-263.
- Kırca, İ.:** “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi - Özen Borcu”, BATİDER, C. 22, S. 3, Haziran 2004, s. 85- 96, (**Özen Borcu**).
- Kırca, İ./ Şehirli Çelik, F. H./ Manavgat, Ç.:** Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara, 2013.
- Kirchner, C./ Painter, R. W.:** “Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law”, [www.ssrn.com/abstract=247214](http://www.ssrn.com/abstract=247214), (erişim tarihi: 18.10.2020).
- Korkut, Ö.:** Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara, 2007.

**Kornhauser, L. A.:** A Guide to Perplexed Claims of Efficiency in the Law, Hofstra Law Review, C. 8, S. 3, 1980, s. 591- 639.

**Kostant, P. C. :** “Meaningful Good Faith: Managerial Motives and the Duty to Obey the Law”, New York Law School Law Review, Volume 55, 2010/11.

**Kraakman, R./ Armour, J./ Davies, P./ Enriques, L./ Hansman, H./ Hertig, G./ Hopt, K./ Kanda, H./ Pargendler, M./ Ringe, W. G./ Rock, E.:** The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach, 3. Baskı, Oxford University Press, NY, 2017, (**The Anatomy of Corporate Law**).

**Kraakman, R. H.:** Corporate Liability Strategies and the Cost of Legal Controls, The Yale Law Journal, V. 93; 1984, s. 857-898, (**Corporate Liability Strategies**).

**Kraakman, R./ Kesten, J.:** The Story of Francis v. United Jersey Bank: When a Good Story Makes Bad Law Corporate Law Stories (J. Mark Ramseyer, ed. 2010), s. 163-186.

- Kraakman, R./ Black, B. S.:** A Self- Enforcing Model of Corporate Law, 109 Harvard Law Review, s. 1911-1982 (1996), [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=10037](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=10037), (erişim tarihi: 12.12.2020).
- Kuru, B.:** Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 1, C. 2, Ankara, Mart 2020, (**Medeni Usul Hukuku**).
- Küçük, D.:** Amerikan Hukukunda Şirket Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları Bağlamında Uğradıkları Zararın Şirket Tarafından Tazmin Edilmesi ve Türk Anonim Şirketler Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Ankara, 2021.
- Marks, S. G.:** The Seperation Ownership and Control, Boston University, s. 692-724.
- Markus, R.:** “Corporate Boards in Germany”, Paul Davies, Klaus Hopt, Richard Nowak and Gerard van Solinge; Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe, Oxford, UK, 2013.

- Markowitz, H.:** “Portfolio Selection”, The Journal of Finance, C. 7, No. 1 (Mar., 1952), s. 77-91.
- McMurray, M. M.:** An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule, Cilt. 40, S. 3, Vanderbilt Law Review, 1987, s. 608-629.
- Millon, D.:** Theories of the Corporation”, Duke Law Journal, 1990, No.2, (April 1990), s. 201- 262.
- Mimaroğlu, S. K.:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967.
- Moodie, G.:** Forty Years of Charter Competition: A Race to Protect Directors From Liability?, Discussion Paper 1, 09/2004, Harvard Law School, Cambridge.

- Neumann, M. H./  
Baumgartner, A.:** Dealing with Corporate Scandal  
under European Market Abuse Law:  
The Case of VW, Stanford-Vienna  
European Union Law Working Paper  
No. 37, s. 1-58,  
<http://tflf.stanford.edu.>, (erişim tarihi:  
10.11.2019).
- Nomer, F.:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin  
Sadakat Yüklümlülüğü, İstanbul, Mayıs  
1999.
- O'Connell, J./ Boutros, A. S.:** Treating Medical Malpractice Claims  
under a Variant of the Business  
Judgment Rule, Notre Dame Law  
Review, C. 77, No. 2, February 2002,  
s. 373-436.
- Oğuzman, K./ Öz, T. M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C-  
I, İstanbul, 2014.
- Oğuzman, K./ Barlas, N:** Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-  
Temel Kavramlar, İstanbul, 2016.
- Okutan Nilsson, G.:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre  
Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı,  
İstanbul, 2009,  
**(Şirketler Topluluğu).**

- Okutan Nilsson, G.:** Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul, Ağustos 2003, **(Pay Sahipleri Sözleşmeleri).**
- Özekes, M./ Seven, V./ Meriç, N.:** Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.), İstanbul, Ekim 2021.
- Özdemir, S. S.:** İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, İstanbul, 2017.
- Palmiter, A. R.:** Corporations, Examples & Explanations, New York, 2012.
- Paslı, A.:** Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, İstanbul, 2005.
- Pınar, H.:** “Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu”, BATİDER, C. XXV, S. 4, 2009, s. 369-408.
- Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E.:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2005.
- Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E.:** Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014, **(Ortaklıklar Hukuku).**

- Posner, R. A.:** Economic Analysis of Law, USA, 2007.
- Pulaşlı, H.:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, C. IV, Ankara, 2022.
- Pulaşlı, H.:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, İstanbul 2011.
- Pulaşlı, H.:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2015, (**Şirketler Hukuku**).
- Pulaşlı, H.:** “Yönetim Kurulu İşadamı Kararının (Business Judgment Rule) Yargı Denetimine Tabi Tutulmaması Gerektiğine İlişkin Paradigma: Geriye Bakış Hatası (Rückschaufehler – Hindsight Bias)”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Ankara, 2019, (**Geriye Bakış Hatası**), s. 25-33.

- Pulaşlı, H.:** “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, BATİDER, Mart 2009, C. XXV, Sayı 1, s. 27-63, **(Özen Yükümlülüğü)**.
- Rachlinski, J. J.:** A Positive Psychological Theory of Judging Hindsight, 65 U. Chi. Law R., 571, Spring 1998, s. 571-625.
- Radin, S. A.:** The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors, Wolters Kluwer Law& Business, 6<sup>th</sup> Edition, C. 1, 2009.
- Roe, M. J.:** The Shareholder Wealth Maximization Norm and Industrial Organization, U. PA. L. Rev., C. 149, 2001, s. 2063-2080, **(Shareholder Wealth Maximization)** , <http://ssrn.com/abstract=282703>, (erişim tarihi: 14.02.2020).

- Roe, M. J.:** Corporate Law's Limits, Columbia Law School, The Center for Law and Economic Studies, Vol. 31, 2002, [http://papers.ssrn.com/abstract\\_id = 260582](http://papers.ssrn.com/abstract_id=260582)> (**Corporate Law's Limits**), (erişim tarihi: 20.02.2020).
- Rosenberg, D.:** "Supplying the Adverb: The Future of Corporate Risk-Taking and the Business Judgment Rule", 6 Berkeley Bus. L.J. 216 (2009).
- Sevi, A. M.:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü, Ankara, 2021.
- Sharfman, B. S.:** The Importance of the Business Judgment Rule, 14 N.Y.U.J.L. &Bus. 2017, s. 27-70 (**Importance of the Business Judgment Rule**).
- Sharfman, B. S.:** Shareholder Wealth Maximization and Its Implementation under Corporate Law, 66 Florida Law Review 389, 2014, (**Wealth Maximization**).

- Sitkoff, R.:** The Economic Structure of Fiduciary Law, Discussion Paper No. 689, 3/2011, Harvard Law School, Cambridge, s. 1039-1049.
- Smith, G. D.:** The Shareholder Primacy Norm, Journal of Corporation Law, C. 23, No. 2, Winter -1998, s. 277-324, (**Primacy Norm**).
- Smith, G. D.:** The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty, Vanderbilt Law Review, Vol. 55: 1399, (2002), (**Critical Resource**), s. 1399-1497.
- Smith, G. D.:** The Modern Business Judgment Rule (BYU Law Research Paper Series No. 15-09, June 2015), (**Modern Business Judgment Rule**), s. 1-18 [http://ssrn.com/abstract\\_id\\_2620536](http://ssrn.com/abstract_id_2620536) (erişim tarihi: 14.10.2019).
- Smith, D. G./ Lee, J. C.:** Fiduciary Discretion, 75 Ohio State Law Journal, Vol. 75:3, 2014, [ssrn.com/abstract\\_id = 238287](http://ssrn.com/abstract_id_238287) (erişim tarihi: 14.10.2019).

- Spamann, H.:** Monetary Liability For Breach of the Duty Of Care, Volume 8, Number 2, Journal of Legal Analysis, Winter 2016.
- Strine, L. E. Jr./ Hamermesh, L. A./**
- Balotti, F. R./ Jeffrey, M.:** Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law, Discussion Paper No. 630, , Harvard Law School, Cambridge, 3/2009, s. 629-696, **(Loyalty's Core Demand)**.
- Şehirali Çelik, F. H.:** Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara, 2008.
- Tanrıver, S.:** Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2021.
- Tekil, F.:** Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1993.

- Tekinalp, Ü.:** Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim – Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, 2013, **(Yeni Hukuk Politikaları)**, s. 227-252.
- Tekinalp, Ü.:** Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığın Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 2011, **(Tek Kişi Ortaklık)**.
- Tekinalp, Ü.:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, 2015, **(Ortaklıklar Hukuku)**.
- Tekinalp, Ü.:** Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003, **(Fondaki Banka Hukuku)**.
- Uçaryılmaz, T. Ş.:** Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Ankara, 2019.
- Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A./ Nomer Ertan, F.:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015.
- Poroy, R/ Yasaman, H.:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015.

- Velasco, J.:** Shareholder Ownership and Primacy, University of Illinois Law Review, 2010, No. 3 (2010), s. 897 -965.
- Velidedeoğlu, H. V.:** Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu terim ve Sözcükler Kılavuzu, Cilt 3, Ankara, 1975.
- Wagner, G.:** Officers' and Directors' Liability Under German Law – A Potemkin Village Theoretical Inquiries in Law 16.1 (2015), s. 69-106.
- Yanlı, V.:** Anonim Ortaklıklarda Karın Tamamen Devrine İlişkin Bir Tasarruf Yapılabilir mi?, İHFM C. LV, S. 4, 1997, s. 201-216.
- Yılmaz, E.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, Ankara, 2021, (**Hukuk Muhakemeleri**).